

CADERNOS DO PROGRAMA DE DOUTORAMENTO EM  
DIREITO PÚBLICO ESTADO SOCIAL,  
CONSTITUIÇÃO E POBREZA

# Diálogos sobre

*“O Que o Dinheiro Não Pode Comprar:  
Os Limites Morais dos Mercados”*

de Michael SANDEL

## EDIÇÃO

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

## COORDENAÇÃO EDITORIAL

Projecto SPES – Socialidade, Pobreza(s) e Exclusão Social

Programa de Doutoramento em Direito Público | Estado Social, Constituição e Pobreza

Faculdade de Direito

Universidade de Coimbra

## CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva, Jorge Ribeiro

## CONTACTOS

[spes.ij@fd.uc.pt](mailto:spes.ij@fd.uc.pt)

[www.fd.uc.pt/spes](http://www.fd.uc.pt/spes)

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

## ISBN

978-989-8787-81-1

## APOIO



© FEVEREIRO 2017

SPES | INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

## NOTA PRÉVIA

Os “diálogos sobre *O Que o Dinheiro Não Pode Comprar: Os Limites Morais dos Mercados*”, da autoria de Michael Sandel, integram o quarto volume da série Cadernos do Programa de Doutoramento em Direito Público – Estado Social, Constituição e Pobreza e recolhem as reflexões resultantes do Fórum Temático, integrado na 3.<sup>a</sup> edição do Programa, no ano lectivo de 2016/2017.

Trata-se, como é timbre desta série, de reunir em livro as reflexões que docentes e discentes partilharam no período correspondente aos trabalhos a distância do programa de doutoramento, o que explica o tom discursivo do texto. Às provocações lançadas por João Carlos Loureiro, Suzana Tavares da Silva, José Manuel Aroso Linhares e Ana Margarida Gaudêncio, os doutorandos (co) responderam – como lhes fora pedido – com observações pertinentes, exemplos ilustrativos, ponderações comparativas e uma intertextualidade rica.

São “diálogos” que, partindo da obra em referência, e tendo os seus conteúdos como estímulo para a comunicação, discorrem sobre temas essenciais do direito na sua intersecção com a economia e a moral (política). No essencial, as discussões podem reconduzir-se a três tópicos essenciais: os limites morais e jurídicos dos mercados; os limites morais e jurídicos da intervenção estatal e uma localização dos problemas anteriores nas correntes comunitarista, utilitarista, liberal-igualitária e libertária da filosofia política e ainda nas teorias da justiça.

Coimbra, Janeiro de 2017





Michael Sandel I

por [João Carlos Loureiro](#) - Tuesday, 4 October 2016, 00:58

## PROPOSTAS (IN)DECENTES: E TUDO O MERCADO LEVOU?

### **Algumas reflexões em torno de *O que o dinheiro não pode comprar: os limites morais dos mercados*, de Michael Sandel**

#### **1. Introdução**

*Indecent proposal*, um filme de Adrian Lyne, tendo no seu elenco Robert Redford, Demi Moore e Woody Harrelson, conta-nos a história de um multimilionário que se propõe comprar, por um milhão de dólares, uma noite com a mulher de outro. Na história humana, as relações sexuais têm sido objeto de mercado, sendo que, tradicionalmente, o adultério era crime. Aliás, este contrato seria inválido, ao violar a cláusula dos bons costumes. Nas últimas décadas, temos assistido a uma crescente mercantilização das ações humanas. O próprio corpo e os seus produtos estão no mercado e muito para lá da Fantine de *Os miseráveis*, que vendeu os seus cabelos. Criaram-se mercados em sede de procriação medicamente assistida: pense-se na existência de contratos onerosos de maternidade de substituição em diferentes ordenamentos jurídicos. Há países com mercados de sangue (um dos temas tratados no livro de Sandel, que recorda um estudo clássico de Richard Titmuss, p. 128-130) e algumas vezes têm vindo a defender a possibilidade de venda de órgãos, como os rins, partindo de uma conceção hiperautonomista do corpo humano. Está em causa uma “conceção radicalmente não utilitarista do corpo” (José Joaquim Gomes Canotilho, *O tempo curvo de uma carta (fundamental) ou o direito constitucional interiorizado*, Porto, 2006, 13), que se alicerçava num “consenso sobreposto” (John Rawls), onde convergiam crentes e descrentes.

Antes de mergulharmos na obra de Michael Sandel (*What money can't buy: the moral limits of the markets*, London: Allen Lane, 2012; trad. port.: *O que o dinheiro não pode comprar: os limites morais dos mercados*, Lisboa: Editorial Presença, 2015; trad. bras.: *O que o dinheiro não compra: os limites morais dos mercados*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012), começamos por recordar a existência de diferentes “esferas da justiça”. Michael Walzer, numa obra com esse título (*As esferas da justiça: em defesa do pluralismo e da igualdade*, Lisboa: Editorial Presença, 1999), explica que há três critérios essenciais de acesso



aos bens: o mérito, a necessidade e o preço. Há campos em que a utilização do dinheiro como critério de acesso seria inadequada: basta pensar na tradicional compra de votos. Voltando ao exemplo inicial do filme, poderia comprar-se uma noite com x, mas não se consegue comprar o amor.

Sandel já tinha tratado expressamente desta questão nas *Tanner Lectures* de 1998, em Oxford, com outros exemplos de expansão dos mercados e, na sua obra mais conhecida, *Justice: what's the right thing to do?* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009) dedica o capítulo IV (*Hired help*, p. 75-102) a este tema.

O novo livro confronta-nos com uma pluralidade de casos de mercantilização que vão desde o não respeitar (mas com título) a fila (Capítulo 1) aos direitos de nome (Capítulo 5), passando por incentivos (por exemplo, para a esterilização ou para a prossecução de contraceção no caso de mulheres drogadas – Capítulo 2) e mercados em que as transações andam em torno da vida e da morte (Capítulo 4).

No quadro do nosso *Programa de Doutoramento em Estado Social, Constituição e Pobreza*, propomo-nos tratar de alguns tópicos, a partir da obra de Sandel, que possam servir para estimular o debate, e não fazer uma recensão da obra.

Percorreremos as seguintes etapas:

a) Começamos pelo tópico socialidade e (des)mercantilização, considerando: mercados e socialidade, fazendo memória da Constituição de 1976 em ano em que passou à categoria de quarentona (2.1.); a revisitação de Midas, num tempo de crescente mercantilização (2.2.); de novo, mercado e socialidade, para sublinhar o contributo possível dos mercados para a socialidade (2.3);

b) Seguidamente, analisamos a ideia de Estado como soteriologia, caminho de salvação, no quadro de uma “migração do sagrado” (vd. William T. Cavanaugh, *Migrations of the holy: God, state, and the political meaning of the church*, Grand Rapids, Michigan/ Cambridge, U.K.: Williams B. Eerdmans 2011), que se converteu numa das idolatrias da modernidade (3.);

c) Finalmente, deixamos, em registo sistematizado, algumas pistas/pontes para o debate (4.).

## 2. Socialidade e (des)mercantilização

Interessa-nos particularmente discutir alguns aspetos sobre a relação entre socialidade e (des)mercantilização. Trazemos a terreiro dois tipos de questões, a saber:

a.1. em primeiro lugar, em que medida os mercados são, pela sua natureza, sociais ou mesmo antissociais;



a.2. em segundo lugar, mesmo que se defenda que os mercados são elementos importantes na constituição da socialidade, importa saber qual é o seu campo legítimo. Estamos no cerne da discussão em torno da obra de Michael Sandel.

### **2.1. Mercado(s) e socialidade: algumas memórias em torno da Constituição de 1976**

Permitam-nos partir, à semelhança do que faz Sandel no livro, de algumas notas da memória de vida. Nos anos de adolescência, vivemos a Revolução de Abril e o anúncio de que estaríamos em trânsito para uma sociedade socialista. Como ainda se lê no Preâmbulo da Constituição da República Portuguesa (CRP) – não discutiremos aqui nem o seu valor nem entraremos na querela em torno da sua manutenção ou eliminação –, tratava-se “de abrir caminho para uma sociedade socialista.” Neste quadro, apontava-se para uma Constituição económica que, garantindo embora a propriedade privada (leia-se o art. 62.º, colocado não em sede de direitos, liberdades e garantias, mas no Título III da Parte I, dedicada aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais), tinha como preceito pòrtico o art. 80.º. (Fundamento da organização económico-social), então com a seguinte redação:

“A organização económico-social da República Portuguesa assenta no desenvolvimento das relações de produção socialistas, mediante a apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e o exercício do poder democrático das classes trabalhadoras”

Consagrando embora uma economia mista, havia, para muitos, uma profunda desconfiança perante as soluções de economia de mercado, num tempo em que o paradigma na Europa Ocidental era o de um capitalismo societário, que encontrara expressão institucional no Estado social (nalguns países, um verdadeiro Estado providência). Com uma vasta paleta de direitos económicos, sociais e culturais, aparecendo o Estado como garante da socialidade e sendo a gratuidade das prestações sociais o presente constitucional ou o futuro anunciado, caminho a percorrer (pense-se, em matéria de ensino, no art. 74.º/2/e), que consagrava e consagra ainda como incumbência estatal “[e]stabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino”), assumia-se que era preciso transformar profundamente as relações de produção, sendo verdade que, em parte, a Constituição assumiu funções certificatórias e garantidoras das chamadas “conquistas revolucionárias.” Ou seja, uma nova socialidade implicaria a superação de modelos capitalistas anatemizados como terreno de exploração.

Neste ponto, considerava-se que as economias de mercado não eram meramente associais, mas antissociais. Se deixarmos a tentação do Estado socialista, o Estado social teria uma função de correção das relações injustas de



mercado, intervindo no plano da justiça distributiva, em menor (*liberal*) ou maior medida (*labour*): vd. Pierpaolo Donati, *Sociologia della relazione*, Bologna: Il Mulino, 2013, 138-139).

Mas quando Abril encheu as ruas, o discurso era já o de “crise fiscal do Estado” (James O’Connor) e, tendo presente o choque petrolífero de 1973, terminavam os famosos (quase) trinta anos gloriosos do pós-guerra. Assistiu-se a um processo de globalização (*rectius*, globalismo, isto é, a redução do fenómeno à sua dimensão económica, como sublinha Ulrich Beck: *Qué es globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona/ Buenos Aires/ México: Paidós, 1998, p. 164), de desregulação de mercados e, no que ora nos importa, o mercado, como um rio, ocupou com persistência as margens, expandindo o leito mercantil. É desse fenómeno de mercantilização do mundo (de “colonização do mundo-da-vida”, para nos socorrermos de Habermas) de que nos fala a obra de Sandel. Pelo contrário, o Estado social concorreu para a desmercantilização de alguns bens sociais.

## 2.2. Midas revisitado: mercado, mercado e mercado?

O capítulo III (“Como os mercados excluem os princípios morais”) é, do ponto de vista teórico, central na economia da leitura de Michael Sandel. A expansão crescente dos mercados a domínios que, tradicionalmente, não eram tocados pela mercantilização traz um conjunto de desafios, em termos teóricos e dogmáticos. À semelhança do rei Midas, que transformava em ouro tudo o que tocava, tem-se assistido a uma voracidade mercantil que alarga o campo dos mercados.

Este fenómeno não pode deixar, no entanto, de ser confrontado com alguns aspetos, a saber: a diferenciação de bens e a existência de alguns que não podem ser comprados (1); as consequências negativas do encolhimento do mundo em comum – sob a capa de uma cidadania comum somos cada vez mais estranhos uns aos outros, no quadro de sociedades hipercomplexas, radicalizadas e fragmentadas (2). Mais à frente, voltar-nos-emos, ainda que de forma breve, para a inadequação da visão antropológica subjacente.

### 2.2.1. Nem tudo se compra

Há bens que não podem ser comprados. O exemplo clássico é a amizade e a referência por excelência é aqui a *Ética a Nicómaco*, de Aristóteles. Com efeito, tal como há moeda falsa, também há falsos amigos, que o dinheiro congrega. Sandel refere-se à compra de “amigos” no *Facebook* (p. 99). Além disso, a mercantilização não deixa incólumes outros bens. Na p. 102, sublinha que



“(…) parece que existe uma diferença nítida entre dois tipos de bens: as coisas (como amigos e Prémios Nobel) que o dinheiro não pode comprar e as coisas (como rins e crianças) que o dinheiro pode comprar mas cuja compra é discutível!”

Analisemos as questões em termos da corporeidade: ao longo da obra de Sandel, encontramos diferentes exemplos de utilização do corpo com escopo lucrativo (v.g., mercado de bebês, de rins ou participação em ensaios clínicos). Numa perspetiva constitucional, vivemos em sociedades em que se afirma um princípio da não comercialização ou da proibição da venalização do corpo. Ou seja, estamos perante zonas de “trocas bloqueadas” (Michael Walzer, *As esferas da justiça*, p. 106, remetendo para Arthur Okun, *Equality and efficiency: the big tradeoff*, Washington D.C., 1975). Este princípio tem expressão no plano jus-internacional: pense-se no art. 21.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, do Conselho da Europa: “[o] corpo humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fontes de quaisquer lucros”

### 2.2.2. Mundo (in)comum

A mercantilização tem impacto na formação e na partilha de um mundo em comum. Sandel (Capítulo 5, 169 ss.) dá conta ao leitor da sua experiência de infância e juventude em termos de assistência a jogos de basebol. Recorrendo ao conceito de religião civil – uma fórmula com longa memória e muito utilizada na leitura da história dos Estados Unidos da América –, recorda que

“os estádios desportivos são as catedrais dessa religião (...), espaços públicos que congregam pessoas de diferentes classes sociais em rituais de perda e esperança, de profanidade e oração.

Mas o desporto profissional não é apenas uma fonte de identidade cívica. É também um negócio. E nas últimas décadas o dinheiro no desporto tem excluído a comunidade. (...) Obviamente que os estádios são sobretudo lugares onde as pessoas se reúnem para assistir a eventos desportivos. (...) Mas o carácter público do local veicula um ensinamento cívico: que estamos todos juntos nisto – por algumas horas, pelo menos – partilhamos um sentimento de pertença e orgulho cívico” (179).

Se quisermos, podemos dizer que a experiência de imunidade que marca a modernidade é aqui potenciada em termos já não apenas de uma proteção face ao outro, que veio a ser traduzida em termos de direitos de defesa, mas de uma criação de espaços de incomunicação crescentes. Repare-se que este fenómeno se tem vindo a agravar, desde a habitação à escola. Neste último caso, para que não haja equívocos, não estamos aqui a pensar apenas numa separação entre escolas estatais e colégios privados, por exemplo; a questão põe-se face às escolas públicas estatais de elite, em que a preferência territorial leva a que os pobres só marginalmente possam aspirar à sua frequência.





Retomando o exemplo do desporto, a hipercomercialização neste campo traduz-se numa destruição em termos de bens relacionais, esta categoria que tem vindo a adquirir crescente relevo. Luigino Bruni (*L'impresa civile: una via italiana all'economia di mercato*, Milano: Egea, 2009, 38) recorda que, tradicionalmente, "ver ou «consumir» desporto eram essencialmente "bens relacionais": produzia-se e consumia-se uma "relação social" (mesmo quando se paga um bilhete, "ir ao estádio" não é uma aquisição de um normal produto de mercado)" (p. 38). Mas hoje não está em causa apenas a divisão social no estádio referida por Sandel: o ver o jogo por cabo traduziu-se numa empobrecedora privatização.

### 2.3. Mercado e socialidade(s): distinguir é preciso

Os mercados são um importante campo da socialidade. Como sublinha Hans Zacher ("Globale Sozialpolitik: einige Zugänge", in: Matthias Herdegen/ Hans Hugo Klein/ Hans-Jürgen Papier/ Rupert Scholz (Hg.), *Staatsrecht und Politik: Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag*, München: C.H. Beck, 2009, p. 537-558), se o direito da segurança social pretende corrigir défices de rendimentos e cuidados (domínio do "social em sentido específico"), é muito importante o social em sentido geral, ou seja, a conformação da normalidade relevante, operando a montante. Assim, a garantia de um salário decente limita a necessidade de intervenção em sede de prestações sociais em relação aos que estão inseridos no mercado laboral; uma economia que funcione bem ajuda muito nesse processo, reduzindo o desemprego. O foco da obra de Michael Sandel é outro: trata-se de evitar que a mercantilização invada uma série de esferas da vida, que tudo esteja no mercado e seja uma mera questão de compra. Nas suas palavras: "Queremos uma economia de mercado ou uma sociedade de mercado?" (p. 20). Não por acaso (*Public philosophy: essays on morality in politics*, Cambridge (Mass.)/ London: Harvard University Press, 2005, 175) refere-se à obra de Walzer para defender que

"The key to his solution is to worry less about the distribution of money and more about limiting the things that money can buy"

Mas o problema coloca-se na própria esfera da economia. Sandel não desconhece a questão, sustentando a necessidade de uma "reform in the structure of the modern economy" (*Public philosophy*, 44). Na tradição da economia civil, os mercados são espaços de humanização e de geração de confiança.

Vejamos um campo de concretização que se cruza com a obra de Sandel: o problema dos incentivos, tratado no capítulo II. Como refere, está em causa uma certa compreensão da economia que passa do seu campo tradicional a matriz explicativa de todo o comportamento. Escreve:

"(...) recentemente, muitos economistas propuseram-se desenvolver um projeto mais ambicioso. Argumentam que aquilo que a economia oferece não é só um



mero conjunto de ideias sobre a produção e o consumo de bens materiais, mas também uma ciência do comportamento humano. No cerne desta ciência radica uma ideia simples mas com importantes implicações: em todos os domínios de vida, o comportamento humano pode ser explicado a partir do princípio de que as pessoas decidem o que fazer ponderando os custos e os benefícios das opções que se lhes oferecem, e que escolhem aquela que acreditam que lhes proporcionará o maior bem-estar ou utilidade” (56).

Este paneconomismo parte de um pressuposto antropológico desadequado: o *homo oeconomicus*. Como sublinha Adrian Walker [“The poverty of liberal economics”, in: Doug Bandow/ David L. Schindler (ed.), *Wealth, poverty and human destiny*, Wilmington, Del.: ISI Books, 2003, p. 30-31],

“the *homo oeconomicus* is a voracious creature. Like Dr. Jekyll’s in Stevenson’s famous history, he tends to claim more and more of his host (...).”

Noutro lugar (“Sobre Cheshire e outros gatos: algumas considerações sobre antropologia, constituição, economia e ética”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal Almeida*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 555-585), procedemos, em registo de síntese, a uma crítica das pretensões do *homo oeconomicus* como paradigma explicativo quer em termos localizados (na economia) quer gerais (como chave de leitura de todo o comportamento humano). De uma forma simples e incompleta, a primeira crítica centra-se no individualismo antropológico, a que se contrapõe a pessoa como um “ser com”; do ponto de vista da racionalidade, temos de considerar a “racionalidade do nós” (*we-rationality*), que pretende tomar a sério os valores e a identidade do agente no próprio processo económico. Na verdade, a economia não pode ser compreendida como um campo indiferente aos valores. Uma das linhas de força do pensamento de Sandel é precisamente a recusa da neutralidade da economia: como escreve no final do capítulo 2, “(...) o economista tem que transacionar em moral” (98).

Retomemos a questão dos incentivos. No livro *sub iudice*, vão sendo apresentados exemplos de incentivos a adotar certos comportamentos, sendo que alguns são classificados como “incentivos perversos” (p. 68), considerando que há situações em que poderá ser comprometida a gratidão. Em termos de conceitualização, poderia distinguir-se entre os prémios e os puros incentivos. Se Beccaria (*Dos delitos e das penas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, XLIV. Recompensas, p. 160) já referia os prémios (“[u]m outro meio de prevenir os delitos é o recompensar a virtude” –, coube a Dragonetti (*Delle virtù e de’ premj*) a sua teorização. No caso dos prémios, o que está em causa é premiar a virtude, que vai para lá do que é devido e tem um fim desinteressado (Luigino Bruni / Stefano Zamagni, *L’economia civile: un’altra idea di mercato*, Bologna: Il Mulino, 2015, p. 36). Na síntese destes dois teóricos da economia civil, “o incentivo visa o interesse privado, o prémio está ligado ao bem comum” (p. 36).



Em termos que não podemos aprofundar aqui, o mercado é também espaço de civilidade e comporta um lugar para a gratuidade, como tem sublinhado reiteradamente a escola italiana da economia civil.

### 3. Socialidade e Estado: a “estatalidade” como caminho de salvação?

Ao contrário do constitucionalismo norte-americano, marcado pelo caráter parco dos textos, as Constituições portuguesa (CRP) e brasileira (CRFB) inserem um generoso rol de promessas, sendo expressão de um “princípio esperança” (Ernst Bloch). Consagrando um vasto leque de direitos económicos, sociais e culturais, não se limitam a enunciá-los, mas estabelecem o modo de concretização. Ambos os textos têm a preocupação de não fazer depender o acesso aos cuidados de saúde da capacidade de pagamento ou não dos pacientes, prevendo, respetivamente, um Serviço Nacional de Saúde (art. 64.º/2/a) CRP) e o Sistema Único de Saúde (art. 198.º CRFB). Essa é a linha consagrada por Sandel que aponta para a garantia de “cuidados de saúde decentes” (p. 36). Indo mais longe, foram consagradas a universalidade e a gratuidade no que toca aos cuidados de saúde, que, em Portugal, deu lugar a um “tendencialmente gratuito” (art. 64.º/2/a) CRP), permitindo uma diferenciação fundada, ainda que limitada, entre os beneficiários.

Michael Sandel associa mercados e capacidade de pagamento de preço dos serviços: assim, a prestação de cuidados de saúde por via do mercado significaria não gratuidade e aumento da desigualdade. Escreve:

“Numa sociedade em que tudo está à venda, a vida é mais difícil para aqueles que têm escassos recursos. (...) Isto explica por que razão as últimas décadas têm sido particularmente difíceis para as famílias pobres e da classe média. Não só o fosso entre os ricos e pobres aumentou, como a mercantilização de tudo agravou o flagelo da desigualdade ao alargar o âmbito da importância do dinheiro” (p. 18).

Em relação ao nosso Programa de Doutoramento, toca-se aqui em questões nucleares, como a pobreza. Importa, no entanto, ter presente que é possível o Estado ser financiador e garantidor, sem que assuma as vestes tradicionais de prestador (*productive state*). Contudo, nas Constituições portuguesa e brasileira há limites à substituição do Estado enquanto prestador. Trata-se de uma leitura inadequada do Estado social: importa pensar o Estado como comunidade, abrindo-se portas para uma série de atores que não se esgota nas entidades privadas, marcadas por um escopo lucrativo, nem se limita às entidades estatais. Reconhece-se o papel multissecular das entidades do setor social, com uma pluralidade de atores (por exemplo, misericórdias) e que, com uma adequada cultura de serviço – muito corrompida no atual quadro do “capitalismo tecnocrático” (Mauro Magatti, *La grande contrazione: i fallimenti della libertà e le vie del suo*



*riscatto*, Milano: Feltrinelli, 2012) – funcionam como escolas de personalização e humanização, elementos importantes para a própria democracia. Pelo contrário, a crescente mercantilização de muitos domínios da vida não deixa de ter repercussões na

“solidariedade social e [n]a virtude cívica. Deveríamos tentar preservar a virtude cívica dizendo aos cidadãos que continuem a fazer compras até que o seu país os precise de convocar para se sacrificarem pelo bem comum? Ou será que a virtude cívica e o espírito comunitário se atrofiam com o desuso? (p. 133).

(...) O altruísmo, a generosidade, a solidariedade e o espírito cívico não são similares a mercadorias que se esgotam com o uso. São mais como músculos que se desenvolvem e fortalecem com o exercício. Um dos defeitos de uma sociedade regida pelos mercados é que permite que estas virtudes definham (p. 135)”

Mas este argumento relativo aos mercados em termos de impacto nas virtudes cívicas que alimentam a democracia não tem também razão de ser no que toca a uma obesa estatização da socialidade? A “nova socialidade” não exigirá tomar a sério a comunidade de bem-estar (*welfare community*), um verdadeiro modelo de participação espelhado no chamado *welfare* de segunda geração, a apontar para uma “subsidiariedade circular” onde as pessoas e as entidades da sociedade civil são o *prius*?

#### 4. Pontos para a discussão

Fechando este lançamento dialógico inicial, sistematizamos alguns pontos/pontes para a discussão, a saber:

a) Como juristas, importa aqui discutir os limites constitucionais aos mercados. Com efeito, será, por exemplo, admissível a mercantilização do corpo? Exemplificando: a proibição de venda de órgãos como os rins não será uma ilegítima e paternalista interdição que põe em causa a autonomia? Ou, pelo contrário, não será esta proibição um garante da autonomia ao evitar que os mais pobres tenham de vender “peças” no mercado para sobreviverem, não havendo uma verdadeira liberdade nessa situação de necessidade? Em vez da autonomia, não deverá antes mobilizar-se o princípio fundante da dignidade humana? Em termos da retórica de Sandel, confluem aqui o argumento da justiça e o argumento da corrupção;

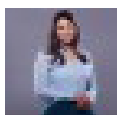
b) A expansão da mercantilização da vida não assenta num paradigma antropológico inadequado? Referimo-nos às tentativas imperialistas de utilizar o *homo economicus* como explicação do comportamento humano nas diferentes áreas (v.g., Gary Becker, um autor expressamente considerado por Michael Sandel);



c) Mercado e socialidade estão condenados a estar de costas voltadas? Ou o mercado poderá ser também viveiro de socialidade e incorporará em si uma esfera de gratuidade? Em termos de economia, mais do que uma articulação entre economia e ética – de uma ética económica – a questão não será antes de uma economia com valores?;

d) O Estado social não deve ser pensado em termos de Estado comunidade? Ou seja: desde que o poder político, nas vestes de financiador e de garantidor, assegure a todos o acesso aos bens, os mercados terão de ser excomungados? E qual o lugar da economia social, das entidades do Terceiro Setor, na provisão das prestações necessárias numa sociedade decente?

e) A hipermercantilização da vida, nos termos retratados por Michael Sandel, não será um risco para a democracia, pondo em causa a sua sustentabilidade e a ideia de *comunidade*? Não será um modo de corrupção da virtude necessária ao bom funcionamento das sociedades?



Re: Michael Sandel I

por [Nathalia Ferreira Masson](#) - Wednesday, 5 October 2016, 02:01

### 1. O que o dinheiro não compra? Alguma arquitetura.

Eis a questão que Michael Sandel propõe que juntos repensemos: em nossa sociedade, qual deve ser o papel desempenhado pelo *dinheiro*?

Partindo do reconhecimento de que atualmente existem poucas coisas que o dinheiro não compra (como o amor sincero, a amizade genuína, a solidariedade ou uma honraria como a Medalha Pierre de Coubertin), tem-se a noção de que os instrumentais do mercado, com todo o seu aparato ideológico de valores e convicções, estão sendo empregados em conjunturas que, a princípio, deveriam se sujeitar a preceitos de ordem distinta, relacionados, especialmente, à *ética* e à *moral*. Vale dizer: existem coisas (como órgãos do corpo humano, filhos ou demonstrações de afeto) que o dinheiro atualmente compra, mas quiçá não devesse.

Tal alteração de cenário, em que deixamos de ter uma economia de mercado para nos tornarmos uma *sociedade de mercado*, vem se desenrolando nas últimas três décadas, de forma taciturna. Foi, pois, sem debates públicos ou reflexões internas que nos transmudamos em uma sociedade de mercado, na qual poucas são as coisas que não podem ser monetariamente negociadas (já



dizia, ironicamente, o dramaturgo brasileiro Nelson Rodrigues: “O dinheiro compra tudo, até amor verdadeiro”). Das relações pessoais às obrigações cívicas, do senso comunitário no mundo dos esportes à doação de sangue, das políticas para refugiados à proteção ambiental, passando pelo acesso à saúde, à educação, e ao debate congressional legislativo: quase tudo pode ser precificado quando se vive em uma comunidade dominada pelos valores de mercado.

O filósofo enuncia que devemos nos preocupar com a citada metamorfose social por *duas* razões centrais.

A primeira delas relaciona-se com a *desigualdade*: quanto mais coisas o dinheiro pode comprar, mais relevante é sua presença abundante ou sua carência. Acaso o abastamento monetário somente determinasse o acesso a bens de consumo supérfluos e extraordinários, como helicópteros, iates, joias exclusivas ou férias extravagantes, pouca importância teria o agressivo fosso entre a insuficiência monetária e a riqueza. Todavia, se a lógica mercadológica ocupa espaços essenciais para se ter uma vida digna, então, o contraste no padrão econômico torna-se um embaraço social de acentuada importância. Isto porque a educação de qualidade, a assistência de saúde eficaz, a ingerência no debate político, a ocupação de espaços seguros para o lazer, por exemplo, são aspectos daquilo que se considera uma ‘vida boa’, logo, deveriam ser universalmente fruídos, e não disponibilizados somente aos que dispõem de recursos e podem pagar. Consoante M. Sandel, essa tendência de privatizar bens e experiências que deveriam ser públicos e comunitariamente partilhados, tem por consequência a erosão da coesão social, minando nosso senso de comunidade.

A segunda razão refere-se à possível *deterioração de bens e práticas sociais quando mercantilizados*. Ao contrário do que entendem os economistas, que se fiam na neutralidade do mercado, as trocas comerciais envolvendo bens imateriais e práticas sociais afetam sensivelmente os bens objeto da transação. Utilizar regras do mercado em situações da vida familiar, pessoal ou cívica, pode arruinar ou mesmo desestimular valores e atitudes éticas, com os quais devemos nos importar. Os três casos narrados pelo autor no cap. 3 (depósito de lixo nuclear, a coleta de fundos para a caridade e os atrasos dos pais no recolhimento das crianças nas creches) são ilustrativos de como a introdução do dinheiro em contexto estranho à lógica mercadológica altera o comportamento dos indivíduos, desbancando as normas éticas e morais até então regentes das relações.

Questionar em quais espaços comunitários e privados a influência das normas mercantis é útil (ou, em alguns casos, ao menos tolerável), e em quais cenários referida inserção resultará na fragilização de valores que nos são caros, dependerá de um exercício no qual, ordinariamente, não somos experts: o de *debater*. E nas sociedades plurais em que hoje estamos inseridos, é factível



concluirmos que assuntos moralmente controversos ensejarão disputas, já que serão entendidos pelos indivíduos de forma distinta.

Discutir com serenidade essas questões controversas, e não as evitar, é saudável por dois motivos: além de submetermos nosso entendimento ao banho cáustico que é a opinião alheia (de onde ele sairá fortalecido ou arruinado), teremos uma aproximação de cidadãos de diferentes origens, classes sociais e poder aquisitivo, com distintas visões éticas, que debaterão juntos questões que são sensíveis a todo o corpo social. Destarte, lições sobre tolerância, convivência e transigência serão robustecidas e contribuirão para sustentar uma ideia de *comunidade*, na qual enxergaremos o corpo social como um projeto que todos compartilham, e pelo qual todos são responsáveis.

Pela *ótica aristotélica*, se o homem é, por sua natureza, um ser vocacionado à vida social e à associação política, concluo esta primeira parte das minhas observações com a indicação de que nos reunimos em sociedade para sermos melhores, para elevar nosso caráter e nossas virtudes, já que não nos realizaríamos plenamente vivendo, tão somente, uma vida privada, como eremitas ou como consumidores individuais. A boa vida encontra-se para além disso, estando diretamente relacionada ao comprometimento que temos com os demais, com o bem comum e com a virtude cívica. Enfim, “não é apenas para viver juntos, mas sim para bem viver juntos que se fez o Estado” (Aristóteles, Política).

## **2. O que o dinheiro compra, mas não deveria comprar: o descarte do sentimento cívico pelo mercado**

Considerando a última das instigantes *pontes de diálogo* apresentadas pelo Prof. Doutor João Carlos Loureiro, apresento um exemplo de espaço cívico do qual o mercado se apoderou, gerando sérias e amplas implicações para o funcionamento democrático do corpo social.

Trata-se das *campanhas eleitorais*, atualmente inundadas de dinheiro e regidas, pois, por intensa (e nefasta) influência do poder econômico.

Consoante dados que foram enunciados em Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no trâmite processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4650 (que discutiu o financiamento das campanhas por pessoas jurídicas), nas eleições de 2002 os gastos totais declarados pelos candidatos representaram R\$ 798 milhões; dez anos depois, nas eleições de 2012, os valores arrecadados superaram R\$ 4,5 bilhões – o que indicou um crescimento de 471% (a título de comparação, no mesmo período o PIB brasileiro cresceu 41%). Nessa mesma Audiência, outra informação apresentada digna de destaque é a de que a República Federativa do Brasil se encontra no ápice do ranking dos países que mais gastam em campanhas eleitorais: 0,89% de toda a



riqueza gerada no país é destinada ao financiamento de candidaturas políticas, transcendendo, inclusive, os gastos dos Estados Unidos da América, em que 0,38% do PIB é aplicado nas campanhas eleitorais.

Considerando esse quadro empírico, a Corte Suprema brasileira se manifestou (em setembro de 2015, por 8 X 3, na ADI 4650) pela *inconstitucionalidade* da doação de pessoas jurídicas a partidos políticos e campanhas eleitorais, firmando um precedente histórico (e polêmico) no campo político-eleitoral.

De se destacar que esta discussão não é exclusividade do sistema constitucional brasileiro. A *Suprema Corte dos Estados Unidos da América* também enfrentou o tema e, em decisão firmada por apertada maioria (5 a 4), considerou inconstitucionais as tentativas de vedar e limitar as contribuições feitas por empresas para as campanhas políticas (*Citizens United X FEC*, janeiro/2010), ao argumento de que o interesse público no combate à corrupção não pode infringir o direito de liberdade de expressão (um totem da sociedade norte-americana). Diversas críticas foram feitas a este pronunciamento da Corte. Destaco a de Ronald Dworkin que, ao comentar as palavras do Presidente da Suprema Corte, John Roberts, afirmou:

“O ponto nevrálgico do seu argumento – que as empresas devem ser tratadas como pessoas reais, isto é, nos termos da 1ª Emenda – é, em minha visão, o mais despropositado. Empresas são ficções legais. Elas não têm opiniões próprias para contribuir e direitos para participar com a mesma voz ou mesmo voto na política” [no original: “The nerve of his argument — that corporations must be treated like real people under the First Amendment — is in my view preposterous. Corporations are legal fictions. They have no opinions of their own to contribute and no rights to participate with equal voice or vote in politics.”] (Ronald Dworkin. “The Devastating Decision.” In: *The New York Times Review of Books*, 25.02.2010, disponível em <http://www.public.iastate.edu/~jwcwolf/Law/DworkinCitizensUnited.pdf>).

Em mais um esforço para recuperar a confiança e a credibilidade do processo eleitoral brasileiro, dessa vez no *cenário normativo*, foi feita a *minirreforma eleitoral* (efetivada pela Lei 13.165, promulgada às pressas em 29 de setembro de 2015, para que valesse para as eleições de outubro/2016) que, no claro intuito de diminuir os gastos eleitorais, estabeleceu um valor máximo a ser dispendido nas campanhas municipais de 2016 – que foi delimitado tendo por parâmetro os gastos declarados na eleição anterior, realizada no ano de 2012.

Para ilustrar, um candidato a Prefeito (chefe do Executivo em âmbito municipal), teve como teto de gastos, no primeiro turno das eleições, o percentual de 50% do valor da campanha mais onerosa declarada na eleição de 2012, nos Municípios em que foram realizados dois turnos de votação.





Segundo cálculos disponíveis no sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, tal percentual, quando aplicado à maior e mais populosa cidade brasileira, São Paulo, indica que cada candidato à prefeitura do Município somente poderia gastar (em 1º turno) pouco mais de 45 milhões (sendo precisa, a astronômica cifra de R\$ 45.470.214,12).

Quanto às doações feitas por pessoas físicas, a minirreforma eleitoral modificou dispositivos da Lei 9.504/1997 mantendo a autorização para que fossem feitas, mas restringindo que fossem limitadas a 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição. A mesma lei permite o autofinanciamento: os candidatos podem se valer de recursos próprios em sua campanha até o limite de gastos estabelecido pelo TSE para o cargo ao qual concorre.

As mencionadas decisões do STF, associadas às alterações normativas que criaram fórmulas financeiras, tiveram o óbvio intuito de encolher a atuação corruptiva das grandes empresas do processo eletivo; *não foram capazes*, no entanto, *de tornar mais isonômica e democrática a disputa eleitoral*. A começar pela circunstância de que aqueles que são detentores de mais dinheiro continuarão atuando no papel de grandes financiadores eleitorais; de igual maneira, candidatos economicamente abastados poderão se autofinanciar. Desta forma, apesar dos esforços legislativos e jurisprudenciais, as oligarquias eleitorais serão mantidas, pois as abissais diferenças econômicas seguirão ditando o resultado dos pleitos eleitorais e o poder corruptor do dinheiro continuará sendo um fator decisivo para um candidato se eleger. A maioria esmagadora da população, em consequência, continuará alijada do processo, sem voz para expressar anseios e o modo como deseja ser governada.

Se quisermos uma *eleição efetivamente democrática e plural*, será necessário aniquilar (juridicamente) a intensa e nefasta influência econômica da disputa (que é vedada expressamente pelo art. 14, § 9º, da CRFB/88), criando um cenário no qual pessoas de diferentes estratos sociais e possuidores de distintas capacidades econômicas possam concorrer de forma minimamente equilibrada. Pode-se argumentar a favor da estipulação de um valor fixo para as doações (e autofinanciamento), baseado não no montante auferido como renda, mas sim em um teto máximo de gastos. Apenas no intuito de exemplificar: imaginemos que esse teto fosse de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais): qualquer doador, independentemente da sua condição financeira, somente poderia contribuir com, no máximo, este valor, evitando, por conseguinte, que o poder econômico desigualasse candidatos.

Afinal, o candidato detentor da maior soma de recursos financeiros se transmuda em representante desses interesses e não do povo. E não nos esqueçamos daquilo que enuncia um dos dispositivos de maior envergadura e densidade axiológica da Carta democrática brasileira, o art. 1º: "todo poder emana



do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Destarte, no campo político-eleitoral, *povo* é quem realiza sua cidadania, exercendo sua capacidade eleitoral ativa (*ius suffragii*), por meio do voto, e sua capacidade eleitoral passiva, por meio de sua candidatura (*jus honorum*). E como o ideal democrático exige uma robusta e constante atividade política, na qual haja uma relação harmoniosa entre a sociedade (os representados) e os eleitos (os representantes) é imperativo que busquemos uma progressiva eliminação da ingerência financeira no sistema político-eleitoral.



Re: Michael Sandel I

por [Luis Eduardo Barbieri](#) - Wednesday, 5 October 2016, 21:15

### **1. Impressões iniciais sobre o livro *O que o dinheiro não pode comprar: os limites morais dos mercados*, de Michael Sandel.**

O autor, já na introdução do livro, traz uma série de reflexões sobre quais seriam os limites aceitáveis em coisas suscetíveis de mercantilização. Enumera várias situações onde nos deparamos com constantes conflitos entre as questões econômicas e os limites morais do mercado. Até onde é moralmente aceitável que existam filas preferenciais de embarque nos aviões para aquelas pessoas que simplesmente pagam por isso (clientes especiais)? Como aceitar que na marcação de consulta em um médico especialista/renomado seja dada prioridade no atendimento àquele que dispuser em pagar uma consulta particular em detrimento do usuário de um plano de saúde, mesmo que este último tenha uma maior urgência no atendimento? São algumas questões postas para reflexão, entre muitas outras.

A discussão gira em torno do risco de estarmos caminhando de uma *economia* de mercado para uma *sociedade* de mercado. A economia não deveria interferir apenas no mercado de bens suscetíveis de compra e venda? A saúde, o meio ambiente, a liberdade, o corpo humano, as relações afetivas, etc., poderiam ser objeto de compra e venda?

Como adverte Michael Sandel (*What money can't buy: the moral limits of the markets*, London: Allen Lane, 2012: trad. bras.: *O que o dinheiro não compra: os limites morais dos mercados*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 16):

“A diferença é esta: uma economia de mercado é uma ferramenta – valiosa e



eficaz – de organização de uma atividade produtiva. Uma sociedade de mercado é um modo de vida em que os valores de mercado permeiam cada aspecto da atividade humana. É um lugar em que as relações sociais são reformadas à imagem do mercado.”

Para o autor, essa lógica da mercantilização não se aplica mais apenas a bens materiais, mas tem se espalhado a outros setores da vida como um todo, e questiona se não está na hora de refletirmos se queremos viver desse modo (p. 11).

Assim, o mercado estaria conduzindo determinados domínios de nossas vidas que deveriam estar sendo delimitados por outras normas não meramente econômicas (normas morais, afetivas, ambientais, de saúde, etc.).

Sandel, em arremate, lança-nos pontos para reflexão: “Queremos uma sociedade onde tudo esteja à venda? Ou será que existem certos bens morais e cívicos que não são honrados pelo mercado e que o dinheiro não compra?” (p. 202).

## **2. Reflexões sobre os pontos para discussão propostos pelo Professor João Carlos Loureiro.**

O primeiro ponto proposto pelo Professor – Mercado(s) e socialidade: algumas memórias em torno da Constituição de 1976 – refere-se aos preceitos que nortearam a Constituição da República Portuguesa (CRP) ao buscar estabelecer um Estado social em Portugal, com vasta gama de direitos econômicos, sociais e culturais, de modo a transformar o Estado em grande provedor das prestações sociais à população.

No Brasil, de maneira muito similar, alguns anos mais tarde, a Constituição Federal do Brasil, de 1988 (CF/88), também estabeleceu um rol de direitos sociais em seu texto, notadamente na área da seguridade social (saúde, previdência social e assistência social – vide art. 194 da CF). Buscou-se implantar a universalidade na prestação dos serviços de educação e saúde, proteção aos cidadãos mais vulneráveis por meio da assistência social e um sistema de previdência social extremamente abrangente. Contudo, as despesas decorrentes desses benefícios sociais exigiram um aumento brutal na carga tributária brasileira (atualmente, em aproximadamente 37% do Produto Interno Bruto – PIB). Os reflexos dessa excessiva tributação são sentidos por toda a população brasileira, o que tem causado altos níveis de resistência no pagamento dos tributos pelos cidadãos, além de sufocar a capacidade de investimento por parte das empresas.

Outro ponto exposto pelo Professor João Carlos Loureiro que gostaria de destacar é o “2.3. Mercado e socialidade – II”. Concordo inteiramente com sua afirmativa no sentido de que “a garantia de um salário decente limita a necessidade de intervenção em sede de prestações sociais em relação aos que estão inseridos no mercado laboral”. Aí temos uma série de encadeamentos que



precisam ser atendidos: para que haja um salário decente deve haver geração de riqueza; esta, por sua vez, depende da capacidade de investimento de pessoas e empresas; para que as empresas/pessoas invistam deve haver maior eficácia na alocação dos recursos, com menor parcela destes destinados ao pagamento dos tributos; o Estado arrecadando menos tributos implica em menor destinação de recursos na prestação de serviços sociais. Aí estaremos diante de uma questão paradoxal: o Estado “menor” permite que os agentes econômicos propiciem melhores salários aos seus cidadãos; contudo, esse Estado não conseguirá prover a contento todas as necessidades sociais de sua população. São escolhas a serem feitas: um Estado mínimo (padrão EUA) ou um Estado de Bem Estar (como em alguns países da Europa)?

Por fim, o último tema abordado – “3. Socialidade e Estado: a ‘estatalidade’ como caminho de salvação?” está relacionado intrinsecamente com o último ponto tratado linhas atrás. Será que o “vasto leque de direitos econômicos, sociais e culturais” enunciados, tanto pela Constituição Portuguesa quanto pela Constituição Brasileira têm efetivamente se concretizado no mundo real? A meu ver, ao menos no caso brasileiro, não temos conseguido implementar tais preceitos constitucionais. O nosso Sistema Único de Saúde (SUS), embora universal no atendimento, mostra-se de baixíssima qualidade na prestação dos serviços. O mesmo pode-se dizer dos serviços de educação no país. Assim sendo, talvez devêssemos substituir “Estado social” por “Estado comunidade”, de modo que as entidades privadas, incluindo-se as entidades do Terceiro Setor, também contribuam subsidiariamente junto com o Estado na prestação dos serviços sociais requeridos pela sociedade.



Re: Michael Sandel I

por [Marcelo Rodrigues de Siqueira](#) - Wednesday, 5 October 2016, 21:39

Conforme visto até aqui, a obra de Michael Sandel, *O que o dinheiro não compra: Os limites morais do mercado*, propõe uma reflexão sobre as atuais fronteiras que separam dois institutos tipicamente humanos, ou seja, moral versus mercado.

O referido autor afirma que, nas últimas três décadas, os valores de mercado exerceram fortes influências na vida cotidiana, embora tal movimento não tenha se dado de forma conscientemente. O triunfo do mercado sobre a moralidade decorre, segundo ele, dos bons resultados alcançados perante a sociedade, pois, até



então, nenhum outro “mecanismo de organização da produção e distribuição de bens tinha se revelado tão bem sucedido na geração de afluência e prosperidade”

O sucesso do modelo de livre mercado na gestão da economia fez com que fosse adotado pela maioria dos países.

Não há como ignorar o fato de que tal sistema amplia diariamente sua circunscrição, sobretudo se considerarmos que ele se beneficia diretamente dos efeitos da globalização econômica, bem como do desenvolvimento tecnológico.

Nesse contexto, acredito ser o momento oportuno para questionarmos quais os limites morais do mercado, ou, nas palavras do autor em apreço, “se não existem certas coisas que o dinheiro não pode comprar”

É importante destacar que a obra analisada retrata principalmente o contexto norte americano. No caso do Brasil e, salvo engano, de Portugal, o mercado não desfruta de um estágio de desenvolvimento tão “avançado” quanto o encontrado nos Estados Unidos.

Talvez não seja o momento adequado para discutir as causas desses diferentes níveis de desenvolvimento, mas não podemos desconsiderar que a realidade brasileira, assim como a portuguesa, principalmente no campo constitucional, difere bastante da norte americana.

Parece claro que nos últimos anos temos vivenciado a expansão do mercado em detrimento da moralidade. A “evolução” do regime capitalista e o surgimento de novas tecnologias têm transformado o mercado de trabalho e, conseqüentemente, o modo de produção e redistribuição de riquezas. Enquanto profissões tradicionais desaparecem, assistimos, por outro lado, a formas inéditas de ganhar dinheiro.

Acredito que a crescente demanda por recursos financeiros seja a principal responsável pelo avanço do mercado sobre os valores morais. A mercantilização pode até ser benéfica quando gera novas oportunidades de ganhos. Todavia, há casos em que o lucro decorre de práticas que ameaçam valores sociais conquistados ao longo da história, entre os quais destaca-se a dignidade da pessoa humana.

Dos muitos exemplos tratados na obra em exame, podemos citar o caso da “venda de rins” (pg. 110). O autor assevera que os argumentos contrários a esse tipo de comércio basicamente se resumem à possível exploração dos mais pobres, pois a necessidade financeira retiraria o aspecto voluntário da decisão de vender o órgão, além de que a venda de partes do corpo promoveria uma visão *degradante e coisificante da pessoa humana*.

O mercado sempre estará à procura de lucros advindos da relação oferta e demanda. Todavia, compete aos ordenamentos jurídicos a árdua tarefa de



estipular os limites que não poderão ser ultrapassados, sob pena de colapso do modelo social que desfrutamos.

No caso do Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88), no art. 170, afirma que a ordem econômica tem como fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, visando garantir a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Note-se que a própria CRFB/88, através da normatização de princípios jurídicos, impõe balizas concretas ao exercício do livre mercado. A autonomia da vontade, assegurada pelo princípio da liberdade de iniciativa, não poderá ser exercida de forma irrestrita.

A livre iniciativa é caracterizada pela possibilidade de qualquer pessoa desenvolver determinada atividade econômica lícita a título privado, sem sujeição a qualquer restrição estatal senão as estabelecidas em lei (Art. 170 § único da CRFB/88).

A venda de órgãos, por exemplo, é proibida no Brasil, conforme previsto na Lei nº 9.434, de 04/02/1997. Somente é admitida a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento.

O livro sob exame tem o mérito de trazer didaticamente diversos casos indicativos de que o mercado tem extrapolado quaisquer limites razoáveis. (Ex: Aluguel de partes do corpo para propaganda; investimento em apólice de seguros de pessoa doente; venda de sangue, etc.)

Os excessos mencionados, no entanto, não justificam a completa recriminação do modelo adotado de livre mercado.

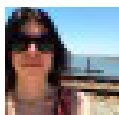
Os direitos não podem ser protegidos ou aplicados sem financiamento e apoio público. Tanto o direito ao bem-estar como o direito à propriedade privada têm custos que necessariamente recaem sobre o tesouro público (Stephen Holmes; Cass R. Sunstein. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Company. 1999. p.15.). Assim, quanto maior o “número” de direitos reconhecidos num sistema jurídico, maior será a necessidade de recursos financeiros.

Os tributos, como é sabido, correspondem ao preço que se paga por uma sociedade civilizada. Nos países capitalistas, com raríssimas exceções, uma das principais fontes de arrecadação são justamente as atividades lucrativas exercidas no regime de livre mercado.



Portanto, nos moldes em que foi concebido, o atual Estado Social estabelece com o mercado uma relação de total dependência, pois é neste que, através da tributação, serão obtidos os recursos financeiros necessários ao financiamento dos direitos.

É importante salientar, contudo, que a crescente demanda por receitas públicas não pode servir como pretexto ou subterfúgio apto a legitimar o alargamento das fronteiras do mercado em prejuízo dos valores morais vigentes, sob pena de presenciarmos a ruína da sociedade em que vivemos.



Re: Michael Sandel I

por [Janice Silveira Borges](#) - Thursday, 6 October 2016, 14:56

Analisar a influência do mercado em uma sociedade não é tarefa fácil. Aspectos morais, culturais e sociais, além do econômico-financeiro, devem ser considerados. Partindo-se da premissa que os recursos são escassos e limitados e que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que deve ser observado, passa-se à análise da obra *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*, de Michael J. Sandel, e tradução de Clovis Marques.

A ciência Econômica tem por objetivo atual estudar a interação humana em geral e a tomada de decisões pelos indivíduos. Não está dissociada da moral, da filosofia e do direito.

As pessoas decidem o que fazer sopesando os custos e os benéficos das opções à sua frente e escolhendo aquilo que acreditam propiciar-lhes maior bem-estar ou que tenha maior utilidade.

Essa decisão de cada indivíduo norteadada pela relação custo–benefício é um processo de maximização racional, isto é, é saber de entre todas as variantes qual é a melhor sob o ponto de vista da eficiência. A recorrente escassez de recursos, por si só, exige que as ações e decisões humanas sejam eficientes, para maximizar o resultado da opção racional feita.

O uso da racionalidade individual como método não implica, contudo, presunção de estímulo ao comportamento antissocial ou imoral, ou mesmo estímulo à concentração de riquezas. Segundo Fabiano Teodoro de Rezende Lara,



“busca-se estabelece pressupostos para uma estrutura ótima de racionalidade na exploração dos bens. Aliás, a concentração de riquezas deve ser criticada pela teoria do valor, porque a concentração provoca ineficiência, em função da utilidade marginal dos bens.” (Fabiano Teodoro de Rezende Lara. *A Análise Econômica do Direito como método e disciplina*. Disponível em: <http://amde.org.br/papers/00004.pdf>. Acesso: 24 de setembro de 2015).

Na verificação da eficiência econômica, podem-se apontar dois critérios, a saber: Eficiência de Pareto e eficiência de Kaldor – Hicks (Antônio José Maristrello Porto; Guilherme Mello Graça, colab. *Análise Econômica do Direito (AED)*. Direito Rio. Fundação Getúlio Vargas Graduação. 2013.2. Disponível em: [http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_20132.pdf](http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf). Acesso: 24 de setembro de 2015).

O critério de Pareto determina que uma medida se mostra eficiente somente quando melhora o nível de bem-estar de alguém sem piorar o nível de bem-estar de outrem. O critério de eficiência de Kaldor-Hicks, por seu turno, estabelece o parâmetro do somatório simples dos níveis de utilidade dos indivíduos da sociedade, dentro da perspectiva do bem-estar social.

A escolha, contudo, pode ser vista com certa ressalva quando se verifica que o mercado transforma as normas e altera o caráter dos bens a depender da necessidade de cada um diante das exigências do próprio mercado ou ainda a depender da demanda do mercado em si.

Assim, as escolhas de mercado podem não ser livres na medida em que determinadas pessoas estão sujeitas a situações de pobreza, desespero, sem condições de barganhar em termos justos, ou ainda foram sucumbidas pela corrupção. Tal situação acarreta uma maior desigualdade social e um aumento da importância do dinheiro, que, unidos, levam à mercantilização desmedida dos bens, inclusive de bens que antes eram vistos como não susceptíveis de comércio.

Cabe ressaltar que em um primeiro momento, e em especial no pós Segunda Guerra Mundial, houve uma comercialização ligada a bens materiais com cunho patrimonial e uma exaltação dos Direitos do Homem e do Cidadão, com fundamento na dignidade da pessoa humana. Na mesma época, o Estado tornou-se o grande prestador de serviços, praticando intervenções diretas, com vistas a garantir materialmente direitos.

O Estado se agigantou e criou novos órgãos, passando a atuar não apenas por atos administrativos, mas também por mecanismos tipicamente privados, como, por exemplo, a criação de empresas estatais. Todavia, o desenvolvimento do modelo social-intervencionista de Estado não se mostrou suficiente para superar os problemas econômicos vigentes. A situação de um assistencialismo exacerbado levou o Estado a um ‘inchaço’ de funções e atividades impossíveis de serem mantidas, isto é, a previsão de direito fundamental e sua concretização





não foram acompanhadas de dotação orçamentária suficiente para que de fato fosse realizado tal direito. Soma-se a situação mencionada, o custo para a manutenção de políticas governamentais paternalistas, o que contribuiu para o colapso do sistema econômico.

Diante da ineficiência estatal, paulatinamente a sociedade passou a ser regulamentada pelas leis do mercado, em especial, pelo mercado norte-americano, pela imagem de que o consumismo exacerbado é a chave para o bem-estar e pelo desejo de poder que Wall Street representa.

A sociedade norteamericana, tão bem representada no premiado filme *Beleza Americana*, contribuiu sobremaneira com a transposição de uma “economia de mercado” para uma “sociedade de mercado”, e por via de consequência, o afastamento da tutela de alguns direitos humanos com base na autoliberdade como expressão máxima de direitos e na autorização dada ao mercado para penetrar em esferas antes não econômicas.

A consequência lógica e prática do modelo neoliberal americano foi a Crise de 2008. Ocasão em que se pode constatar a desilusão política, o vazio no conteúdo moral e espiritual da política e o domínio de um sistema corrupto.

A corrupção é a compra ou venda de algo que não pode ser posto à venda. Ela tem em seu cerne a substituição de razões internas e a criação de hábitos, que comprometem a integridade e o modo de valorar bens e práticas.

A corrupção é capaz também de mascarar os preços imaginários implícitos nas opções e escolhas que as pessoas fazem sobretudo na política de “incentivos”. O livro em análise retira da obra *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*, de Steven D. Levitt e Stephen J. Dubner e tradução de Regina Lyra, vários exemplos de situações que sob uma aparente normalidade, como por exemplo a efetivação do direito de não procriar, busca-se atingir um outro aspecto na vida, no caso a redução da criminalidade nas grandes cidades norte-americanas com a esterilização de usuárias de drogas, inclusive sendo remuneradas para tanto.

A objeção à corrupção é a integridade, uma vez que ela aponta o efeito degradante da valorização de certos bens e práticas. A integridade é o sentimento capaz de reconduzir a dignidade da pessoa humana como inicialmente idealizada.

As premissas de dignidade estão intimamente ligadas à ideia de vida, de intangibilidade da vida humana qualitativa, tendo em vista duas concepções sobre pessoa humana

“de um lado, há a concepção insular, ainda dominante, fundada no homem como razão e vontade, segundo uns, como autoconsciência, segundo outros (...) e, de outro, a concepção própria de uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade (...) ou



na autoconsciência, (...), e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor (...). A primeira concepção leva ao entendimento da dignidade humana como autonomia individual, ou autodeterminação; a segunda, como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência." (Antônio Junqueira de Azevedo. "Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana." *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, jan-mar de 2002, p. 3-24).

Cabe ressaltar que a dignidade da pessoa humana não pode ser aclamada de modo desmesurado, ela não está à mercê de situações jurídicas que não dizem respeito à proteção e à promoção do ente humano, pois a banalização do princípio poderá levá-lo a uma distorção dogmática e a uma descredibilidade quando arguido em um caso real.

Mas, os preceitos ligados à dignidade e ao fortalecimento social deles afastam a crescente mercantilização das ações humanas e põe limites ao mercado. Venda de órgãos, mercado de sangue, contratos onerosos de maternidade substitutiva são situações que provavelmente não existiriam se fossem asseguradas condições dignas de trabalho e sustento da população em geral.

O autor propõe que a sociedade discuta abertamente quais os valores que deseja ter, qual o tipo de sociedade que deseja ser, quais as condições de desigualdade do contexto social que comprometem um real consentimento e com quem se quer viver no futuro; tudo isso diante de uma ideia de compartilhamento da vida em comum, maior consideração das normas cívicas e morais e imposição de limites morais ao mercado. Todavia, o autor não apresenta como isso poderia ocorrer na prática.

A verdade é que a solução para as questões apresentadas perpassa por vários setores da sociedade. A ideia de se ter instituições fortes que não se intimidam com os apelos de grupos econômicos é um bom indicativo de combate à corrupção, de presença de normas eficazes e de fiscalização eficiente.

Um outro ponto que é possível destacar é a questão de um Estado regulamentador. O Estado deve devolver aos particulares a atividade econômica, delegar atividades públicas às concessionárias, às permissionárias e ao Terceiro Setor, resguardando para si apenas as tarefas tidas como essenciais, como saúde e educação, e intervindo nas tarefas não essenciais apenas de forma indireta. Nessa perspectiva, o Estado regula sem se transformar em prestador. Com isso, o Estado corta despesas e concentra seus investimentos nas atividades realmente essenciais.

Nessa atuação, o Estado é capaz de celebrar contratos de parceria com o particular, com a finalidade de investir recursos para atender a todos por igual,



evitando, por exemplo, a necessidade de “fura filas” no sistema de transporte, com a construção de mais vias.

Além disso, esse sistema possibilita a geração de empregos. A geração de empregos dignos é o maior desafio para a superação de uma crise econômica e para assegurar a não necessidade de submissão por questões meramente monetárias de afastamento da dignidade individual e coletiva.

O conhecido caso do arremesso de anão ocorrido na França levou ao questionamento do que seria a dignidade humana em um caráter individual, onde diante de uma situação de necessidade gerada pelo desemprego e fundamentada no princípio da liberdade de profissão afasta-se a dignidade justamente para garanti-la no aspecto da sobrevivência econômica. Situação não muito distinta de quem se vê obrigado a vender um rim para ter condições de sustentar a si e a sua família.

A questão da invasão dos refugiados, em especial em países europeus, obrigou os governantes a pensar a dignidade em um caráter universal. Talvez, após o fim da Segunda Guerra Mundial, seja esta situação a primeira que de fato obriga a tomar providências com caráter emergencial, a fim de assegurar efetivamente os direitos. Neste ponto, verifica-se que, apesar de existir um sentimento de solidariedade entre os seres humanos enquanto participantes de uma sociedade, os recursos dos Estados são limitados e a ajuda fica comprometida se não houver a possibilidade concreta de absorção de forma digna da nova mão de obra no mercado de trabalho.

A geração de empregos e uma remuneração suficiente para garantir concretamente o mínimo existencial perpassa não apenas por uma mudança de comportamento do Estado na verificação de seus reais deveres, mas também por uma mudança na gestão da coisa pública, na política tributaria (como bem ressaltado pelos colegas Luiz Eduardo Barbieri e Marcelo Rodrigues de Siqueira), no sistema de aposentadoria e na construção de uma nova ética que se busca a afirmação de valores mínimos em comum e de respeito pela coisa pública.

Outro ponto a ser considerado é o investimento no sistema educacional e no de saúde pública. A questão educacional, tantas vezes acalmada e tantas vezes esquecida, deve ser o norte para que se tenha uma sociedade bem informada e capaz de fazer escolhas conscientes e eficazes que, de fato, maximizam os recursos existentes. A informação somente é compreendida a partir do momento em que se tenha o mínimo educacional assegurado.

Quanto à saúde pública, nos dias atuais, além de superar as dificuldades da escassez de recursos, deve-se preocupar com o avanço do uso de drogas e



a recuperação dos dependentes químicos. A dependência química retira a capacidade pensante do indivíduo e o coloca em uma situação de vulnerabilidade e degradação, com sérios desvirtuamentos morais e éticos nas condutas sobretudo para nutrir o vício.

Isso posto, ao efetivamente garantir e realizar direitos essenciais pode-se viver em um Estado de igual liberdade em que há clara consciência de que a dignidade e os direitos a ela relacionados são aplicados nas relações humanas em um espaço de igual resguardo, o que limita a atuação do mercado uma vez que o impede definitivamente de atuar em áreas onde questões patrimoniais não são moral e eticamente bem vistas pela sociedade.



Re: Michael Sandel I

por [Rafael Lima Daudt D'Oliveira](#) - Sunday, 9 October 2016, 20:29

Senhor Professor Doutor João Carlos Loureiro e caros colegas,

A interessante obra de Michael Sandel (*What money can't buy: the moral limits of the markets*, London: Allen Lane, 2012; trad. port.: *O que o dinheiro não pode comprar: os limites morais dos mercados*, Lisboa: Editorial Presença, 2015) nos faz refletir sobre a corrosão dos valores morais na atualidade, de como nós perdemos a sua essência, substituindo-a pela lógica do mercado. Esta percepção já constava do *niilismo* de Nietzsche: “os valores supremos se desvalorizam” (*apud* Giovanni Reale, *O Saber dos antigos: terapia para os tempos atuais*, tradução de Silvana Cobucci Leite, Edições Loyola, São Paulo, 1999, p. 25). A mercantilização da sociedade e da vida decorre duma ótica consumista e utilitarista que aproxima o homem de meras mercadorias, desumanizando-o. Acaba por transacionar, corroer e depreciar os valores morais que são importantes e caros para a vida em sociedade. Aliás, a corrupção e injustiça estão no cerne da obra de Sandel, como efeitos perniciosos da mercantilização. O argumento da injustiça ocorre em virtude de que pessoas em estado de necessidade não estão em situação de igualdade para tomar decisões e podem estar dispostas a “vender algo no mercado” que seja atentatório contra a sua dignidade (v.g., um rim, fazer uma tatuagem na testa etc.). Já a corrupção diz respeito ao efeito depreciativo que a mercantilização tem sobre os valores morais que pairam sobre



determinada relação social (v.g., camarotes nos estádios, pagar para tirar boas notas). É importante que haja um debate aberto pela sociedade e o poder público para saber quais são aquelas áreas e relações sociais onde não queremos que o mercado interfira. Mas esta será uma tarefa muito mais da sociedade do que do poder público, o qual pouco pode fazer. A mudança necessária é nos padrões de consumo e nos valores, o que cabe à sociedade.

Feita esta breve introdução, passamos, abaixo, a debater os pontos/pontes sugeridos pelo Prof. Doutor João Loureiro, na ordem em que foram formulados:

*a) Como juristas, importa aqui discutir os limites constitucionais aos mercados. Com efeito, será, por exemplo, admissível a mercantilização do corpo? Exemplificando: a proibição de venda de órgãos como os rins não será uma ilegítima e paternalista interdição que põe em causa a autonomia? Ou, pelo contrário, não será esta proibição um garante da autonomia ao evitar que os mais pobres tenham de vender "peças" no mercado para sobreviverem, não havendo uma verdadeira liberdade nessa situação de necessidade? Em vez da autonomia, não deverá antes mobilizar-se o princípio fundante da dignidade humana? Em termos da retórica de Sandel, confluem aqui o argumento da justiça e o argumento da corrupção.*

Entendemos que há, sem dúvida, limites constitucionais ao mercado. A começar pelo princípio da dignidade da pessoa humana que pode e deve limitar a autonomia de vontade e a liberdade individual. Visando concretizar parcialmente este princípio ao nível infraconstitucional, o art. 13 do Código Civil brasileiro de 2002 estabelece que "salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes".

A dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, que não é passível de ser substituído por um equivalente - trata-se de uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais (Kant). Isso exige um respeito incondicional à dignidade pessoal do indivíduo por terceiros, mas também impõe uma proteção ao indivíduo em face de si mesmo e de suas decisões e a salvaguarda de valores sociais, inclusive a solidariedade (Luís Roberto Barroso, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Disponível em [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf), acesso em 5/10/2016). Entre os três elementos essenciais à dignidade humana - valor intrínseco da pessoa humana, autonomia de vontade e valor comunitário – o valor comunitário abriga o elemento social da dignidade e os valores compartilhados pela comunidade, funcionando como uma constrição externa à liberdade individual. Assim, por conta do elemento *valor comunitário* é que se justifica a proteção do indivíduo em face de si mesmo



e de suas próprias decisões. Nesse sentido, há exemplos emblemáticos na jurisprudência mundial, como a proibição da atividade de entretenimento conhecida como arremesso de anão (França), a criminalização da violência física em relações sexuais sadomasoquistas consentidas (Reino Unido) ou no caso dos chamados *peep shows* (Alemanha) (*ibid.*).

Quando determinado indivíduo pertencente a uma comunidade - que se encontra em situação de penúria financeira - opta por mutilar-se ou humilhar-se em troca de um benefício econômico, por exemplo, podemos dizer que a relação jurídica constituída não ocorreu em condições equitativas. Isto porque uma pessoa que está desesperadamente desprovida de recursos para assegurar o seu mínimo existencial ingressa numa negociação em situação de desigualdade, premida pelo estado de necessidade, e talvez disposta a aceitar o inaceitável. Daí que possamos dizer que a sua autonomia de vontade e liberdade restam comprometidas, dada a situação de injustiça subjacente à negociação.

Para além do argumento da injustiça que cerca a discussão sobre a mercantilização do corpo, há também o argumento da corrupção. A corrupção refere-se “ao efeito degradante da avaliação de mercado e da transação de certos bens e práticas”, uma vez que “determinados bens morais e cívicos são diminuídos ou corrompidos quando comprados e vendidos” (Sandel, p. 117). Assim, “cada ser humano só pode dispor do seu corpo e do seu espírito na medida necessária para a sua humanização” (Diogo Leite de Campos, *Lições de direito da personalidade*, Almedina, 2000, p. 187). Logo, não é razoável que o corpo humano seja utilizado não como meio de sua humanização, mas com propósitos comerciais, mercantis que o degradam, corrompem e lhe subtraem o valor intrínseco. Isso contraria frontalmente a ideia kantiana de que o homem é um fim em si mesmo.

Parece-nos, desse modo, que a mercantilização do corpo é uma prática que merece ser vedada em homenagem ao elemento valor comunitário que permeia o princípio da dignidade da pessoa humana. Em muitos casos, não se poderá sequer falar num autêntico conflito entre dignidade humana, de um lado, e liberdade e autonomia de vontade, do outro, haja vista que em situação de extrema necessidade as pessoas estão em situação de desigualdade em relação àquelas com melhor situação financeira e não detêm a liberdade plena para fazer as suas escolhas.

*b) A expansão da mercantilização da vida não assenta num paradigma antropológico inadequado? Referimo-nos às tentativas imperialistas de utilizar o homo economicus como explicação do comportamento humano nas diferentes áreas (v.g., Gary Becker, um autor expressamente considerado por Michael Sandel).*



A expressão deste pensamento é sintetizada por Sandel da seguinte forma:

“em todos os domínios da vida, o comportamento humano pode ser explicado a partir do princípio de que as pessoas decidem o que fazer ponderando os custos e benefícios das opções que se lhes oferecem, e que escolhem aquela que acreditam que lhes proporcionará o maior bem-estar ou utilidade” (p. 56).

Gary Becker chega a proceder à análise econômica do casamento e do divórcio, advogando que o critério da utilidade (custo/benefício) prevalece na decisão de permanecer casado ou divorciar-se. Segundo esta ideia, pois, tudo teria preço.

No paradigma atual da pós-modernidade, marcado pela fluidez, transitoriedade e efemeridade das relações sociais, vivemos num mundo onde tudo e todos são mercadoria, onde os que estão à margem da sociedade de consumo são não-pessoas, porque afastados daquilo que, na atualidade, nos faz sermos percebidos como verdadeiramente humanos: o consumo e a capacidade de consumir. Até as relações humanas, como vidas pessoais e relacionamentos amorosos, estão sendo cada vez mais colonizadas pelo mercado e pela comodificação da realidade (Letícia Veloso, «Vida para Consumo», disponível em <http://www.antropologia.com.br/res/res47.htm> , acesso em 6/10/2016). Por exemplo, nos sites de relacionamento amoroso em que indivíduos desiludidos com a busca amorosa tentam encontrar parceiros no ciberespaço, estes tratam os demais e são tratados como mercadorias, enaltecendo suas próprias qualidades e agindo como verdadeiros profissionais do marketing pessoal (Zygmunt Bauman, *Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadoria*, Jorge Zahar Ed., Rio de Janeiro, 2008). Isso também ocorre nas redes sociais (v.g., *Facebook*), em que a busca por amigos segue o mesmo padrão da busca por parceiros amorosos, ambas mercantilizadas e que refletem a comodificação da vida – porque, ao elaborar um perfil nesses sites, não é o próprio sujeito que é revelado, mas um sujeito-fetiche, uma mercadoria que se relaciona com outras mercadorias e obscurece todas as verdadeiras relações pessoais que tornaram aquele contato cibernético possível e pensável (*Ibidem*).

Numa análise sob o prisma da filosofia, o consumismo e a mercantilização da vida em geral tem suas raízes no chamado utilitarismo, idealizado pelo filósofo inglês Jeremy Bentham no Século XVIII, cujas ideias, aliás, são parecidas com aquelas sustentadas por Gary Becker. Assim, a utilidade de cada objeto é definida por sua capacidade de produzir prazer ou felicidade e de evitar a dor e o infortúnio. Desse modo, segundo a perspectiva utilitarista, os atos humanos são movidos pelo interesse e a sociedade será ideal quando permitir a realização da felicidade do indivíduo, sem que esta comprometa o bem-estar coletivo (Jeremy Bentham, *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, Abril, São Paulo, 1979). O utilitarismo evoca outra questão filosófica que é o relativismo. Ora, a premissa de que a utilidade de todos os objetos depende da sua capacidade



individual de produzir prazer e felicidade e evitar a dor e o sofrimento despreza o valor intrínseco dos bens e os julgamentos éticos amplamente compartilhados no seio da comunidade sobre eles, na medida em que estabelece uma subjetividade para a sua valoração, bem como acaba por criar uma relação axiológica dos bens calcada em parâmetros mercantis. A base deste pensamento relativista é encontrada nos trabalhos dos filósofos gregos conhecidos como *sofistas*. Com efeito, Protágoras, principal expoente desta corrente filosófica, afirmava que “o homem é a medida (juízo) de todas as coisas (fatos e experiências das pessoas), daquelas que são por aquilo que são e daquelas que não são por aquilo que não são”. Com esta máxima, ele negava um critério absoluto para distinguir o ser do não ser. O critério para a diferenciação torna-se o homem, cada homem. Se os homens são a medida de todas as coisas, por consequência, nenhuma medida pode ser a medida para todos os homens. As coisas vão ser conhecidas particularmente por cada indivíduo (Arildo Luiz Marconatto, «Protágoras de Abdera (480 - 411 a.C.)», disponível em , acesso em 7/10/2016). Os sofistas e o relativismo são duramente criticados por Platão em *A República*. Platão, inclusive, em suas *Leis* inverte o princípio de Protágoras: “Para nós Deus é a suprema medida de todas as realidades, muito mais do que o homem, como alguns têm sustentado” (*Apud* Giovanni Reale, *O Saber dos antigos*, p. 182). Em sua teoria das ideias, Platão diferencia o mundo inteligível do mundo visível ou sensível. Os objetos do mundo inteligível (ideias, formas) não estão sujeitos às vicissitudes do devir (geração e corrupção). São, portanto, eternos e imutáveis, sempre iguais a si mesmos; são eles os verdadeiros seres. Os objetos do mundo sensível, em contrapartida, quando gerados, adquirem uma determinação particular, e quando perdem essa determinação, são corrompidos. Neste sentido, são efêmeros e mutáveis, e não permanecem iguais a si mesmo (Platão, *A República de Platão*, J. Guinsburg (org. e trad.), São Paulo: Perspectiva, 2010, Livro VI, p. 223-261). Percebe-se, pois, que a metafísica platônica é fundada na existência de valores absolutos e imutáveis que pertencem ao mundo do ser (mundo inteligível ou das ideias). Aristóteles, embora tenha refutado a teoria das ideias de Platão, também acredita na existência de valores universais e imutáveis, conforme escreveu em sua obra *Metafísica*. Jacques Maritain bem resume este ponto da metafísica aristotélica:

“É verdade que as essências das coisas são, como queria Sócrates, o objeto primeiro da inteligência; é verdade também que a essência de Pedro, de João e de Paulo é, como viu Platão, a humanidade ou *natureza humana*, feita abstração dos caracteres próprios de Pedro, Paulo e João em particular. Mas esta essência só existe sob esse *estado* universal em uma inteligência – em nosso espírito, que a tira ou abstrai das coisas nas quais ela existe em *estado* de individualidade –, e por outro lado é unicamente em sua constituição inteligível (como só podendo ser pensada com tais atributos), e não em sua existência real que ela é eterna e necessária. Neste caso as essências das coisas percíveis não existem separadas das coisas ou em estado puro (...) há nas coisas um elemento inteligível e





imaterial – chamado de ‘forma’ por Aristóteles – em virtude do qual elas têm esta ou aquela natureza ou essência. Este princípio, porém, não se acha separado das coisas, está nas próprias coisas, entra na constituição de sua substância.” (Jacques Maritain, *Introdução geral à filosofia*, 12.<sup>a</sup> ed., tradução de Ilza das Neves e Heloísa de Oliveira Penteadó, Agir, Rio de Janeiro, 1978, p. 58).

De qualquer sorte, percebe-se que tanto Platão como Aristóteles acreditam na existência dos valores em si mesmos (a cuja essência se poderia chegar pelo intelecto ou pela razão), diferentemente de como eles são encarados sob uma perspectiva humanizada no tempo e espaço. A percepção e a compreensão dos valores pelo homem e pelas sociedades ao longo dos anos, desse modo, não altera a essência dos valores em si mesmos considerados. Partindo dessa premissa, pensamos ser importante afastar-nos da ótica utilitarista e nos reaproximarmos dos valores morais, cultuando-os e exercitando-os na vida social e cívica. É necessário que a ética e a moral inspirem as comunidades a tornarem-se mais humanizadas e a cultuarem valores que são realmente importantes para uma vida em sociedade. E, como ensina Aristóteles, “a virtude moral é adquirida em resultado do hábito” (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, tradução de Pietro Nasseti, Martin Claret, São Paulo, 2001, p. 40). Nossas disposições morais nascem com atividades semelhantes a elas. Pelos atos que praticamos em nossas relações nos tornamos justos ou injustos. Desse modo, os legisladores tornam bons os cidadãos pelos hábitos que lhes incutem (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 41). Daí a importância da prática das virtudes morais através do hábito. Essas ideias de Platão e Aristóteles colidem frontalmente com a ideia do *homo economicus* defendida por alguns autores e com a ótica utilitarista. Para Platão “quando a riqueza e os ricos são honrados numa cidade, a virtude e os homens virtuosos são tidos nela em menor estima” (Platão, *A República de Platão*, cit., Livro VIII, p. 312). Platão pergunta: “será proveitoso a alguém aceitar ouro injustamente, se para consegui-lo tiver que escravizar a melhor parte de si mesmo à mais vil?” (Platão, *A República de Platão*, cit., Livro IX, p. 369). Para Platão não haverá vantagem nenhuma, ainda que recebesse somas enormes, e considera um desgraçado aquele que o fizer, obtendo o ouro a um preço funesto. Em outra passagem, Platão questiona: “é vantajoso alguém cometer uma ação injusta, licenciosa ou vergonhosa, se nos tornamos mais ricos e poderosos à custa de nos tornarmos mais perversos do que éramos?” (Platão, *A República*, Livro IX, pp. 370-371). A resposta, obviamente, é negativa. Diferentemente de Gary Becker, que defende uma análise custo/benefício para decisões envolvendo casamento e divórcio, Platão entende como “absolutamente necessário que aquele que sente naturalmente amor por alguém, preze tudo quanto se aparente e se prenda ao objeto do seu amor” (Platão, *A República*, Livro VI, p. 225). Para Platão, portanto, parece que a decisão sobre o casamento e o divórcio estaria relacionada ao amor e não a uma fria análise custo/benefício.



Toda esta discussão remonta à verdadeira busca da humanidade que é a felicidade. Esta, afinal, trata-se de uma felicidade espiritual ou de um bem-estar material? É certo dizer que “a abundância de bens materiais, em vez de *preencher* o homem, o *esvaziou*. Minou e, portanto, comprometeu sua consistência e densidade moral. Morin cunhou a esse respeito a fórmula ‘mal-estar ou mal da civilização’” (Giovanni Reale, *O Saber dos antigos*, p. 94). Na verdade, ocorreu um “esquecimento da felicidade e a substituição desta pela fruição dos bens de consumo produzidos pela técnica”, o que, segundo Giovanni Reale, encontra suas raízes no niilismo desenvolvido por F. Nietzsche – o qual, em apertada síntese, enuncia que os valores supremos se desvalorizam, que não existe uma verdade e que não há uma constituição absoluta das coisas (Giovanni Reale, *O Saber dos antigos*, p. 96 e 19). Desse modo, “a cultura contemporânea perdeu o sentido daqueles grandes valores que, na era antiga e medieval e também nos primeiros séculos da era moderna, constituíam pontos de referência essenciais, e com ampla medida irrenunciáveis, no pensamento e na vida” (Giovanni Reale, *O Saber dos antigos*, p. 17). Talvez se esteja em boa hora para a reaproximação pelo homem dos valores morais e éticos. O relativismo em demasia não permite que se fixem as premissas mais básicas do saber e, nessa medida, é corrosivo para as ciências em geral e para a filosofia em particular pela falta de pontos de partida, de princípios fundamentais (já que tudo seria relativo e dependeria do juízo de cada homem). Nesse sentido, o retorno ao saber dos antigos e a busca da essência das coisas parecem de grande valia para preencher de significado o conteúdo dos valores morais que são importantes e caros para sociedade e que devem sobrepor-se aos bens materiais. Quanto ao verdadeiro sentido da felicidade, Platão enxerga-o como a harmonia da alma e, portanto, como justa medida da justiça. Assim, “a felicidade não é *ter*, não depende de possuir determinadas coisas, sejam elas quais forem, *mas é um modo de ser do homem* e depende da consequente maneira com que ele se relaciona com as coisas” (Giovanni Reale, *O Saber dos antigos*, p. 104-105). Já Aristóteles entende que a felicidade deriva da contemplação da verdade, fruto do conhecimento no seu nível mais elevado (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, Livro X, p. 216-239).

*c) Mercado e socialidade estão condenados a estar de costas voltadas? Ou o mercado poderá ser também viveiro de socialidade e incorporará em si uma esfera de gratuidade? Em termos de economia, mais do que uma articulação entre economia e ética – de uma ética económica – a questão não será antes de uma economia com valores?*

Pensamos que o mercado e a socialidade não estão condenados a estar de costas voltadas. É possível que o mercado seja viveiro de socialidade também, quando na qualidade de delegatário de serviços públicos e quando exerce atividades de interesse público em parceria com o Estado, como nas áreas da saúde, educação, transportes, serviços de saneamento básico, fornecimento de



luz, entre outros. Mas para isso ocorrer é necessário que haja apropriada regulação do mercado pelo Estado para “acautelar determinados fins públicos” – como proteger os consumidores, zelar pela qualidade ambiental, pela fiscalização do cumprimento de obrigações de serviço público (Luís Cabral de Moncada, *Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 241). Assim se diz porque as empresas e o Estado têm objetivos distintos. Enquanto o objetivo crucial da empresa é a maximização dos lucros (José Paschoal Rosseti, *Introdução à economia*), o do Estado é promover segurança, justiça e bem-estar social.

No que diz respeito à incorporação duma esfera de gratuidade pelo mercado, embora seja possível, é difícil pensar que o vai fazer voluntariamente, pois isso colidiria com o seu objetivo precípua de lucro. Em algumas hipóteses isso até ocorre pontualmente, mas vinculadas a campanhas de marketing social das empresas (mesmo com essas práticas, o objetivo da empresa não é contribuir para a socialidade e sim promover a sua imagem corporativa para, ao final e ao cabo, suas ações valorizarem em Bolsa). Portanto, o mercado teria de ser obrigado ou induzido pelo Estado a fazê-lo e desde que seja financeiramente compensado (pelo Estado ou via tarifa – embora a segunda hipótese possa encontrar problemas no princípio da modicidade tarifária), pois as empresas não podem ser obrigadas a amargar prejuízo financeiro nem a fazer caridade, até porque respondem perante seus acionistas.

O setor dos transportes serve bem para ilustrar o raciocínio. No Brasil, por exemplo, trata-se de um serviço público concedido e regulado. Geralmente, ocorre na forma da regulação por contrato (Pedro Costa Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora: Coimbra, 2013, p. 127). É muito comum que exista gratuidade para idosos e estudantes e não seria razoável que o particular tivesse que arcar com os prejuízos decorrentes da gratuidade. Incide aqui o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo tanto na sua celebração quanto na sua alteração, caso a gratuidade venha a acontecer posteriormente (o que ocorre em alguns Estados e Municípios).

Por fim, salientamos nossa convicção pela necessidade de se articular a economia com o resgate aos valores que são realmente importantes para a vida em sociedade. Nesse passo, é digna de nota a Resolução de 19 de fevereiro de 2009, do Parlamento Europeu, sobre economia social. Colhe-se da redação do item 1 das Considerações Gerais:

“Sublinha que a economia social, ao aliar rentabilidade e solidariedade, desempenha um papel essencial na economia europeia, criando empregos de elevada qualidade, reforçando a coesão social, económica e regional, gerando capital social, promovendo a cidadania activa, a solidariedade e um tipo de economia com valores democráticos que põe as pessoas em primeiro lugar, para além de apoiar o desenvolvimento sustentável e a inovação social, ambiental e tecnológica.”



Esta Resolução merece aplausos porquanto coloca o homem à frente das coisas ou o “ser” à frente do “ter”.

Outra abordagem sobre a economia com valores é a respeito da sustentabilidade. O princípio da sustentabilidade é um conceito polissêmico que comporta múltiplas dimensões ou vertentes, as quais podem ser agrupadas em basicamente três: ambiental ou ecológica, econômico-financeira e social. Interessa-nos aqui a vertente *ambiental* (Cf. Vasco Pereira da Silva. *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, p. 73; Michel Prieur, *Droit de l’Environnement*, 6ª ed., Dalloz, Paris, 2011, pp. 83-84) e *social* (Cf. Fernanda Paula Oliveira. «Planeamento Urbanístico e Sustentabilidade Social», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. IV, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, Coimbra, 2012, *Studia Iuridica* 105, p. 501-522; João Carlos Loureiro. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, p. 128.). Assim, é certo dizer que uma economia com valores é aquela que se desenvolve com respeito ao ambiente, originando uma gestão racional dos recursos (dimensão ambiental ou ecológica), e que promove a criação de empregos, inclusão social e redução da pobreza (dimensão social).

*d) O Estado social não deve ser pensado em termos de Estado comunidade? Ou seja: desde que o poder político, nas vestes de financiador e de garantidor, assegure a todos o acesso aos bens, os mercados terão de ser excomungados? E qual o lugar da economia social, das entidades do Terceiro Setor, na provisão das prestações necessárias numa sociedade decente?*

Quanto a este ponto, a primeira pergunta que fazemos é: ora, se o poder político vai ser o financiador e garantidor, quem vai ser o prestador responsável pela entrega dos bens à sociedade?

A primeira ideia que poderia surgir como resposta é o próprio Estado. A concepção do Estado como provedor universal e da excomunicação dos mercados radica, salvo melhor juízo, nos ideais políticos socialistas idealizados por Karl Marx em *O Capital*. Este pensador defendeu a socialização dos meios de produção, que passariam a pertencer ao Estado e seriam propriedade coletiva. Os lucros, juros, aluguéis e rendas (a “mais-valia”) seriam abolidos e o próprio trabalho se tornaria a única fonte de renda para cada um. A experiência da antiga União Soviética com o socialismo, entretanto, foi um fracasso. O socialismo retirou as liberdades individuais, a privacidade dos cidadãos e os recursos econômicos foram direcionados ao desenvolvimento da indústria de guerra em detrimento dos bens de consumo que são escassos e de baixa qualidade. A experiência com o socialismo também foi ruim em outros países do mundo, como em Cuba



e Venezuela. Outro ponto que merece ser abordado é a questão de o Estado ser considerado o provedor universal de todos os anseios da sociedade – trata-se não de socialismo, mas do agigantamento do Estado social (*welfare state*). A história revela que este modelo não é sustentável financeiramente e nem mesmo eficiente. Em resumo, a excessiva estatização não se mostrou eficiente em seus propósitos sociais e tornou o Estado grande e custoso (além disso, com o Estado agigantado sobra pouco ou nenhum espaço para a iniciativa privada e para a sociedade civil organizada participar na formação e na execução na atividade administrativa, o que levanta problemas de legitimidade democrática). É por isso que se assistiu ao movimento denominado de *desregulação* e posterior *re-regulação*, especialmente na Europa na década de 1980, pelo qual o Estado deixou de ser diretamente prestador na maioria dos campos de atuação (reservando a atuação direta para atividades essenciais e típicas de Estado), abrindo espaço para a exploração de atividades econômicas e execução de serviços públicos à iniciativa privada, e tornou-se regulador ou garantidor, com vista à eficiência dos serviços e à sustentabilidade financeira de sua prestação. O Estado passa de prestador a garantidor. O funcionamento do mercado “não é hoje pensável fora da heterodisciplina proporcionada pelo Estado e ou por entidades públicas (e privadas) autónomas e ou independentes” e este “não se opõe à prossecução de certos fins estatais de interesses público e outros” (Luís Cabral de Moncada, , *ob. cit.*, p. 243). Logo, pensamos que a iniciativa privada e a sociedade civil organizada são hoje fundamentais como colaboradores do Estado numa perspectiva de consensualidade para a consecução de finalidades públicas, e não poderiam ser excomungados. Até porque o art. 1º, inciso IV, da CRFB estabelece que o princípio da livre iniciativa é um dos fundamentos da República, protegido como cláusula pétrea (art. 60, parágrafo 4º), e o art. 61 da CRP consagra o direito à iniciativa econômica privada.

O terceiro setor tem um importante papel social em complemento à atuação do poder público e pode operar em diversas áreas, como assistência social, saúde, pesquisa, ambiente, entre outras. Trata-se de uma colaboração ou parceria de entidades privadas sem fins lucrativos com o poder público para a consecução de finalidades públicas e promoção de direitos fundamentais, o que caracteriza uma “atividade administrativa não estatal” (Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*, 8.ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 284) ou uma “administração privada associada de interesses públicos” (Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Curso de Direito Administrativo*, 16.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 297). No Brasil, as entidades do terceiro setor podem ser constituídas sob duas formas societárias de direito privado: associações civis ou fundações. Podem, ainda, receber qualificações jurídicas de direito público que lhes permite celebrar ajustes com o poder público para o desenvolvimento de certas



atividades mediante o acesso a recursos financeiros, gestão de bens públicos e, nalguns casos, até com o auxílio de servidores públicos. São as hipóteses (i) das organizações sociais (OS) regidas pela Lei 9637/98, que prevê a celebração dum contrato de gestão com o poder público, e (ii) das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) disciplinadas pela Lei 9.790/99, a qual prevê a possibilidade de que seja firmado um termo de parceria com o Estado. Essas entidades privadas sem fins lucrativos, se bem estimuladas e fiscalizadas pelo Estado, podem contribuir para a socialidade. Pensemos nos serviços de saúde que podem ser potencializados nas santas casas e nos hospitais universitários; nos serviços de assistência social e de educação que podem ser desenvolvidos junto às universidades; nos serviços de assistência social que pode ser feito nas igrejas e assim por diante.

*e) A hipermercantilização da vida, nos termos retratados por Michael Sandel, não será um risco para a democracia, pondo em causa a sua sustentabilidade e a ideia de comunidade? Não será um modo de corrupção da virtude necessária ao bom funcionamento das sociedades?*

A hipermercantilização da vida constitui um risco para a democracia, na medida em que compromete valores morais importantes para a vida em sociedade. É bom lembrar que muitos desses valores são albergados pela maioria das Constituições dos países civilizados, como a dignidade humana, a igualdade, a vida, a integridade física etc. Mas o problema maior é a corrosão de valores que é feita sob o manto da legalidade (v.g., dar o nome de um estádio e segregar as pessoas através de seus camarotes, pagar o filho para tirar boas notas). Ao corroer valores que são importantes para o Estado democrático de direito – v.g., valores cívicos e gosto pelo estudo -, a própria democracia é colocada em risco. No Brasil, há exemplos de práticas dignas de nota. Atualmente, em qualquer casa noturna, festa ou show musical existem as áreas VIPs e os camarotes. E estamos falando de lugares onde, normalmente, a entrada é paga e não é de baixo custo. Assim, podemos dizer que as pessoas que frequentam esses lugares já pertencem a certa *elite*. Agora, as pessoas que frequentam esses lugares e ainda compram um camarote ou área VIP – em alguns casos o preço excede 1.000 euros – querem pertencer a uma espécie de *elite da elite*. As pessoas ficam numa área cercada, separadas das demais e apenas com os seus convidados, regadas com *tudo do bom e do melhor*. Há cerca de 10/15 anos atrás praticamente não existiam esses camarotes e áreas VIP. Hoje, há lugares que compõem a maioria do espaço disponível. Isso é lamentável, pois retira a socialização das pessoas e abala o espírito cívico e democrático ( “Camarotes de VIPs ameaçam o espírito democrático”, *Folha de São Paulo*, 28/04/2014). Raciocínio semelhante pode ser aplicado aos estádios de futebol brasileiros depois da reforma efetuada



anteriormente ao início da Copa do Mundo de 2014. Com efeito, a fim de viabilizar financeiramente os estádios que foram objeto de reformas milionárias, o valor do ingresso para o cidadão aumentou substancialmente, de modo que o torcedor pobre hoje não tem mais lugar nos estádios por absoluta incapacidade financeira para pagar o exorbitante preço dos ingressos. O resultado disso é que as classes sociais não se misturam e a democracia perde. A vida comum é saudável e uma democracia vibrante precisa de lugares públicos que misturem diferentes classes, o que não vem ocorrendo mais no Brasil nesses casos relatados. São fatores que contribuem para tornar o país menos democrático.

Com certeza, a hipermercantilização da vida é uma forma de corrupção necessária ao bom funcionamento das sociedades. Lembramos aqui o que já escrevemos sobre o niilismo, consumismo, utilitarismo e relativismo, das críticas que lhes formulamos e da proposta ao resgate da essência dos valores morais, universais e imutáveis, nos termos formulados por Platão e Aristóteles.



Re: Michael Sandel I

por [Karine Finn Ugeda Sanches](#) - Monday, 10 October 2016, 01:53

O Prof. Dr. João Carlos Loureiro, com base no texto *O que o dinheiro não pode comprar: os limites morais dos mercados*, de Michael Sandel, coloca-nos questões que nos permitem as seguintes reflexões:

Primeiramente, avaliamos a dialética mercado-autonomia dentro de uma perspectiva de escala constitucional.

Os direitos econômicos, previstos no Título III da Constituição Portuguesa de 1976 se referem às condições e capacidades do Estado Democrático de Direito para a promoção do trabalho e para a garantia de acesso a bens consumíveis, em nome de direitos fundamentais que asseguram a seus cidadãos o bem-estar social e econômico, bem como qualidade de vida.

Logo, vê-se que o Estado Português se encontra constitucionalmente amparado para regular os meios de produção, seus resultados e a reversão dos recursos auferíveis para o bem comum.

Por outro lado, lembremos que o Estado Democrático de Direito não prescinde de regular questões de foro individual, pois, na sua gênese de coesão e



coercitividade, encontram-se também os limites de liberdade perante a Lei e o respeito ao coletivo e à socialidade.

Logo, a autonomia da pessoa humana é amplamente garantida pela Constituição Portuguesa, mas não é ilimitada. A autonomia individual, portanto, não pode interferir ou desequilibrar as relações comunitárias, sob pena de violação da coesão estatal.

Sob essa máxima, relevemos ainda as questões morais polemizadas e enfrentemos a dialética mercado-autonomia no plano epistemológico do dever-ser (“Sollen”). Somente no âmbito da regulação, ou seja, da Lei, é possível encontrar um lugar comum onde a retórica de Sandel e a argumentação da justiça e da corrupção confluem.

A Lei é a expressão máxima do nível de consciência de certa sociedade e não está desprovida, por certo, de moralidade. A questão está no conteúdo moral que se quer ver aplicado à realidade social.

O texto de Sandel nos remete à validação ou não da ideia kantiana (Immanuel Kant), de formação do Estado Liberal, quando se idealizava uma comunidade universal e pacífica, capaz de estabelecer relações jurídicas, especialmente as de comércio. Em outras palavras é a argumentação de que a moral do direito só se consuma na dimensão cosmopolita, ou no direito internacional.

A ideia cosmopolita, enquanto universal, vinculadora de todos os povos que possuem padrões culturais, de certa forma compatíveis entre si, é traduzida pelo fenómeno da globalização. Esta é uma tendência não apenas de aproximação de mercados, mas também de aproximação de culturas, e isto causa interferências nas perspectivas de desenvolvimento, principalmente em países periféricos.

Não validar um sistema moral universal, cujos princípios possam transpor as barreiras culturais e serem reconhecidos por todos os indivíduos, é se aproximar do relativismo. Desse modo, não haveria como agregar moral à norma, à Lei, sem uma compreensão do sujeito em particular e de seu ambiente. Não validar tal sistema universal, portanto, é negar uma razão moral categórica, *a priori*, que promova tanto a coesão quanto a coercitividade do Estado.

Os próprios direitos humanos, nesse raciocínio, poderiam ser então uma corrente de dominação ou uma ferramenta útil para os ditadores de regimes autocráticos? Talvez, a fundamentação jurídica para a política internacional e, conseqüentemente, para os mercados, seja buscar justificativas alheias à homogeneidade cultural.

Wolfgang Kersting, propõe a minimalização do conceito universal, desvendando o ser humano na acepção biológica do termo, que prescinde de ideologias





e de interpretações culturais. Sendo o ser humano aquele finito, mortal, vulnerável e capaz de sofrer, pressupõe-se uma proteção inquestionável por parte do Estado.

Os direitos humanos são tidos, em sua acepção, como aqueles universais mínimos que alcançam estado de imprescindibilidade à própria existência humana, ou seja, possuem status antropológico. São regidos, portanto, por condições de vida sem violência e por uma ordem política confiável e previsível.

Para Kersting em sua tese igualitária, o Estado é o protetor dos direitos humanos comuns aos cidadãos. Inclusive, não pode recusar as intervenções quando viola esses preceitos, mesmo alegando prejuízo à sua autodeterminação.

Assim, ainda sob a questão da autonomia, existem interesses a serem protegidos e regulados pelo Estado, sem os quais se torna impossível a realização de projetos de vida, como o pleno funcionamento das capacidades biológicas do ser humano. As ações conflitantes com os interesses existenciais básicos devem, em suma, ser abolidas da órbita normativo-comunitária.

Conclui-se que há uma zona inegociável, que diz respeito a todas as pessoas, e que dispensa qualquer interpretação cultural. Há consenso com o discurso de Sandel, portanto, quando o autor diz que certas maneiras de atribuir valor a coisas são mais adequadas que outras e, por isso, concordamos que a mercantilização da vida assenta num paradigma antropológico inadequado. Esta conclusão, entretanto, não responde satisfatoriamente à visão de Sandel sobre o vazio de conteúdo ideológico deixado pelos atuais discursos políticos.

O prestígio da economia de mercado e sua influência sobre os discursos políticos, esvaziando-os, até certo ponto, de conteúdo moral, nos revelam um desequilíbrio na escala de relação com a socialidade.

Se concordarmos que o Estado tem o dever de regulamentar a interferência do mercado na vida social, então pressupomos que há um nível de governança desejado e que deve ser garantido. Certamente, isto não significa estabelecer lados opostos entre mercado e socialidade, mas desenhar linhas sutis de articulação ético-econômica para definir uma economia com valores. Mas, estas linhas não podem ser completas se apenas levamos em consideração princípios morais *a priori*, ou mesmo valores igualitários, desnudos de indicadores do amadurecimento da consciência social.

A questão é que o Estado é uma construção social de mediação de interesses, e o Direito é seu empreiteiro. Por atuar de forma reativa, está sempre passos atrás da realidade que avança sob princípios e valores da causalidade (*Das Sein*). Isto é, a exemplo dos avanços tecnológicos, a consciência social deve acompanhar rapidamente seus reflexos, prós e contras, para que possam



ser estabelecidos eficientemente os níveis de governança e compreendidas as novas relações com o mercado.

Para tanto, é desejável e imprescindível um nível de coesão estatal tal que sua condição efetivamente ascenda a Estado comunidade. Como falámos, o conteúdo normativo depende do amadurecimento da consciência social, estabelecida por níveis de governança que possam regular eficientemente as interferências dos mercados.

Todavia - é preciso esclarecer -, a moral categórica não é o único elemento de formação da consciência social e nem o deveria ser dos discursos políticos que, em última análise, devem se adequar à Lei. O senso comum, em escala comunitária, leva em conta a coexistência de ideologias que, evoluídas e desenvolvidas adequadamente, conseguem responder rapidamente aos reflexos das relações com o mercado.

Desta forma, pensamos que quanto mais coeso o Estado comunidade, amadurecido em sua consciência social, mais confiável e forte o discurso político deve se apresentar frente à economia de mercado. Isto não quer dizer, contudo, que os mercados são excomungados quando colocados a um Estado comunidade, mas que seus valores estimulam a crença de seus cidadãos na capacidade de serem supridas suas necessidades de bem-estar e de qualidade de vida. Nesse cenário, a economia social adquire papel essencial enquanto conciliadora dos pleitos sociais para com as esferas de governança do Estado comunidade.

Por fim, diante de todo o exposto, pensamos que a hipótese de hipermercantilização da vida deva ser tratada como uma distorção da realidade do Estado comunidade, causada por desequilíbrios nas esferas de governança. Aceitar a ideia de hipermercantilização da vida é assumir que não houve o amadurecimento da consciência social e, portanto, o senso comunitário foi negligenciado.

A soberania – e, portanto, a autonomia -, é fundamental para o exercício da democracia. Um povo verdadeiramente soberano, na acepção, necessariamente está unido pelo senso comum, cujo significado moral e ideológico fazem sentido. A desigualdade é em si um indicador de falha no desenvolvimento da consciência social e, como explica Sandel, um caminho para a corrupção.





Re: Michael Sandel I

por [Luiz Antonio Ugeda Sanches](#) - Monday, 10 October 2016, 01:53

Em relação aos pontos para discussão propostos pelo Prof. Dr. João Carlos Loureiro, com base no texto *O que o dinheiro não pode comprar: os limites morais dos mercados*, de Michael Sandel, temos a contribuir nos seguintes termos:

No que tange a discussão sobre limites constitucionais aos mercados, importante destacar que a relação entre mercados e Constituição é assimétrica e multiescalar, e não pode ser dissociada de sua perspectiva espacial. Afinal, os mercados adquiriram uma dimensão global e um caráter globalizante, homogeneizador, sendo que a Constituição representa uma dimensão local e um caráter de comunidade, de lugar. Ambos interagem entre si, mas têm morfologias, grandezas e importância distintas, que devem ser compreendidas no sentido de possibilitar um descortinamento de suas relações e uma eventual identificação de possíveis respostas.

Milton Santos (*Metamorfoses do Espaço Habitado, fundamentos teórico e metodológico da Geografia*. São Paulo: Hucitec, 1988) ensina que a Natureza se transforma, em seu todo, numa forma produtiva. Quando todos os lugares forem atingidos, de maneira direta ou indireta, pelas necessidades do processo produtivo, criam-se, paralelamente, seletividades e hierarquias de utilização com a concorrência ativa ou passiva entre os diversos agentes. Sua importância decorre de suas próprias virtualidades, naturais ou sociais, preexistentes ou adquiridas segundo intervenções seletivas.

No cerne do processo desta transformação, a dialética global/local está presente em diversas discussões jurídicas. Como exemplo, Natalino Irti (*Norma e luoghi, Problemi di geo-diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2001), expôs sobre o que denominou "Geodireito", ou seja, que o Direito precisa explorar sua dimensão espacial, pois o território delimita o Estado de Direito, fato acentuado pela nova geopolítica mundial, fundada na economia e na tecnologia. A grande discussão foi em torno do que o teórico denominou de mercado de ordenamentos jurídicos, ou seja, em como empresas multinacionais, com o devido respaldo normativo de seus Estados nacionais, têm a seu inteiro dispor um verdadeiro mercado de Constituições para escolherem realizar investimento - e, por sua vez, instituir novas divisões de trabalho - aquela que for mais vantajosa e conveniente.



Parece que a situação da mercantilização do corpo se enquadra neste contexto. O Direito à Vida e à dignidade humana são valores modernistas, hegelianos, amplamente constitucionalizados mundo fora, que acabam sendo colocados em cheque por uma visão utilitarista de pessoas na comercialização de partes humanas. P. ex., o desenvolvimento de novas tecnologias da Medicina, que viabilizam transplantes e salvam vidas, criaram uma sinalização financeira por ter atribuído valor a algo que, antes deste advento tecnológico, não era comercializável. E este advento, aliado ao notório apotegma de Hobbes, no qual “o homem é o lobo do homem”, faz com que as forças globais da mercantilização interfiram nos interesses locais das comunidades.

Neste aspecto, a mercantilização do corpo necessita ser mais bem compreendida para que seja possível separar suas hipóteses de ocorrência. Talvez caiba uma separação entre o que é antropológico e aquilo que é antropofágico. A mercantilização da vida é uma realidade posta e, em casos previamente definidos e amplamente discutidos, pode salvar vidas e ir ao encontro dos valores éticos e morais superiores. O que precisa ser frontalmente combatido é uma caracterização antropofágica, na qual o capitalismo “come” partes do corpo humano para satisfazer suas necessidades mais primitivas de obtenção de lucro. A comercialização de órgãos deve ser um meio único e exclusivo para salvar vidas, se e quando esta hipótese for cabível, e não um mero instrumento de satisfação de anseios mercantis.

Sob esta perspectiva, mercado e socialidade estão condenados a se relacionar na forma escalar global/local. Atualmente, a economia com valores éticos ocorre no bojo dos estados nacionais, ou mesmo do mercado de capitais, onde as empresas necessitam apresentar níveis de *compliance* para desenvolver suas atividades, incluindo de forma determinante a questão dos valores morais. Todavia, estas construções têm se demonstrado frágeis ante os desenvolvimentos tecnológicos do século XXI, que mudam constantemente as possibilidades mercantis, tornando cada vez mais tênue a diferença entre o que é ético e que não o é.

Quem atribui gratuidade ao mercado é o Estado, quando este Mercado se manifesta de forma local. Pensar em gratuidade em nível global significa enfrentar a problemática descrita por Manuel Castells (*Globalisation and identity - A comparative perspective*. Transfer, 2006), quando enunciou “no globalization without representation”. Ou seja, uma gratuidade global somente se viabiliza por meio de uma Governança global que tenha força cogente para fazê-la valer em todos os rincões do planeta. Neste caso, há a necessidade de um Direito Global que enfrente o poder deste mercado e represente o que seria uma “ética global”.

Neste ambiente difuso e complexo, torna-se cada vez mais imperativo buscar mecanismos legítimos de governança e de regulação que enfrentem a



questão de forma global e fortaleçam os estados para que, no interior de suas comunidades, possam ser eficazes para coibir abusos e ilegalidades.

Sob estas premissas, o Estado social pode ser pensado em termos de Estado comunidade em hipóteses específicas. O Estado comunidade pode fazer sentido em realidades locais com demandas sociais homogêneas e com níveis notáveis de isonomia social com desenvolvimento econômico endógeno. Todavia, esta pode não ser uma regra geral, haja vista que, p. ex., Estado comunidade e Estado federado podem ser construções de difícil convergência, pois o que rege o primeiro é a uniformidade, sendo o segundo fundado basicamente no reconhecimento da diferença e da complementaridade enquanto forças motrizes que unem as entidades federadas.

Simplesmente excomungar mercados globais corresponde a privar um determinado Estado do seu exercício escalar perante as forças globalizantes. E esta situação faz com que as virtudes talvez não sejam maiores do que a intemperança. Há que haver um diálogo entre os valores locais perante as forças globais, de maneira a viabilizar uma mediação de interesses. Neste cenário, a regulação e instrumentos de participação popular, como as audiências públicas, podem ser um importante meio de instrumentalização deste diálogo. No que concerne ao lugar da economia social e das entidades do Terceiro Setor, devem se portar como instâncias de fomento da cidadania nos estados, algodões entre os cristais global/local que se moldam a estas realidades e confortam interesses difusos e complexos.

Ante o exposto, a hipermercantilização da vida, nos termos retratados por Michael Sandel, pode colocar em risco uma democracia que esteja alicerçada em valores débeis, pois facilitará uma via antropofágica de acumulação de riquezas com base em sacrifícios físicos humanos. Por outro lado, em uma democracia saudável, que respeita a sua sociedade, a escuta por meio de audiências públicas tem indicadores sociais desenvolvidos e estáveis, e pode-se aferir um caráter antropológico, condicionando o desenvolvimento tecnológico a uma estruturada regulação, com intervenção do Estado, em prol de assegurar cidadania. Em outras palavras, cabe ao Estado e sua respectiva sociedade fixar seus valores para que não haja desvirtuamento das técnicas desenvolvidas pelas sociedades.





Re: Michael Sandel I

por [Cui Rixing](#) - Monday, 10 October 2016, 08:51

I would like to take advantages of this opportunity as Professor João Carlos Loureiro recommended the book *What Money Can't buy: The Moral Limits of Market* to us, to put forward some of my thoughts concerning those points that we are all following with interest.

### 1. Different interpretations of sale and commodification

In this book, it seems that Professor Michael Sandel has two criteria for judging whether a certain activity is moral or not. The first criterion is based on the integrity as being human with dignity, including the basic human rights , such as life, health, political freedom, and so on. For example, kidneys are, with no question, a matter of the integrity of the human body. So if people consider that someone is selling his own kidney, even after his death, and that this is related with human dignity then this judgment fits the first criterion. The second criterion is the one mentioned a lot in this book, which is whether a certain activity leads to consequences that will “corrupt, dissolve, even displace nonmarket norms” (“Crowding Out Nonmarket Norms”, Chapter III). The tradable pollution permit is by its nature a case on which we couldn't easily get information; however, we have to consider what this activity will lead to. The first criterion lies on our original awareness in society, as a part of the “spontaneous order” defined by Friedrich Hayek. Under this criterion, without any evaluation, we could immediately make a judgment about morality. However, the second criterion leaves us room for reasoning about the results, and therefore for making such judgment according to those results.

Let's move back to the kidney example. Before we engage in any discussion, please allow me to assume a case: a rich gentleman asks his friend, a dying old man (the doctor has diagnosed that this old man has only 2 weeks left) to sell his kidney after announcing his death, and this gentleman would happily give the old man's daughter one hundred thousand dollars. How do you feel about this activity? Notably, if assuming both of these two people feel no religious or cultural guilt of being incomplete when buried, this case could avoid the dilemma of the two objections (See “Two Objections to Market” Chapter III) ~~as much as possible~~. Firstly, this case does not involve the fairness objection, for they have promised that the kidney transplant only takes place after one's certain death.



And the original kidney owner is a dying man, hence we don't have to fear that the seller will harm himself because of being forced for poverty reasons (it could be regarded as a loss of autonomy in choices) and those moral consequences resulted from that. It is safe to say that the activity in this case does not constitute any inequality in market choices. Then, this case also does not involve most of the concerns referred to in the corruption objection; the value of a kidney has, of course, not been diminished. Someone may argue against the objectification of the human body caused by the selling & buying activity, and then believe that once the money gets involved, the moral ideal (considered to be the dignity as a human being) will be corrupted afterwards. However, from my point of view, it is importance to understand what kind of role does money play in different occasions.

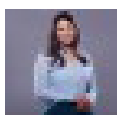
In the abovementioned case, experience tells us that apparently money is not much important in organ trafficking. The nature of giving money to the owner's daughter could be for the purpose of compensating psychological harm, or just out of gratitude. Unlike those traffickers who merely pursue pecuniary interest, the owner and his daughter really does not wish to make any profit from this transaction. The question raised for all the viewers is just this one: do you feel more moral or less moral in this very case if money's roles are less significant?

In the title, Professor Michael Sandel uses the word "money," and he keeps using it for explaining how the market works in various cases. However, it is necessary to know if the market can be equal to money? Or does market have to have money involved? For demonstrating, I would like to give another case. Mrs. Reed is suffering from the pain of uremia, and the doctor said there is a long queue before she can get a match kidney in public kidney donation center. Mr. Reed, who loves his wife so much and would even be willing to donate his own kidney to her, but their kidneys are of different types (e.g., Mrs. Reed has, and needs a kidney type A, Mr. Reed has a kidney type B). At the same time, Mrs. Green has the same disease, and Mr. Green also wants to donate his kidney to his wife; nevertheless their kidneys do not match either. What is a coincidence is that Mr.& Mrs. Reed notice that Mrs. Green needs a kidney in type B and Mr. Green has a kidney in type A. The rest is simple: naturally, these two families will exchange their kidneys, and two pathetic families are saved thereto. The question is: in this case, is it reasonable for us to regard this exchange behavior as a marketing activity? No money factor gets involved in this activity, but I believe no textbook ever told that money is the necessity of market. Does market crowd out nonmarket norms in this case? My instinct tells me the answer is no. In 2012, Royal Swedish Academy of Sciences decided to award the Nobel Prize in Economics to Professor Alvin Roth, praising his effort in the New England program for kidney exchange, which is a larger and more complex version of the above case, applicable for wider occasions and for multiple participants; it has saved hundreds of lives since then.



Of course, the model established by Professor Alvin Roth could hardly be called commodification (*mercantilização*) of the body, but it fits our hypothesis on how the market worked in the early era of human civilization, and meets the core essence of market, which is exchange.

All the various meanings of “sale” and “commodification” have been discussed in the first point suggested by Professor João Carlos Loureiro. I keep wondering what on earth are we talking about when it comes to market and morality? What constitutes a market? How many forms could the market take? And do all the marketing activities crowd out nonmarket rules, and therefore jeopardize the moral values that we are always stressing?



Re: Michael Sandel I

por [Nathalia Ferreira Masson](#) - Tuesday, 11 October 2016, 00:08

## 1. Einstein e a Dignidade da Pessoa Humana

A elasticidade e o uso indiscriminado geraram um forte *estigma* para a locução “dignidade da pessoa humana”: o de que seria uma ideia vaga, inconsistente e fluida, utilizada genericamente para fundamentar todo e qualquer direito fundamental, tornando-a, inclusive, capaz de justificar soluções contraditórias diante de controvérsias envolvendo casos difíceis (Luís Roberto Barroso, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Disponível em [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf), acesso em 10/10/2016).

Parece-me que a compreensão da expressão será sempre impactada por aspectos históricos e culturais, bem como por convicções ideológicas e políticas, daí derivando os evidentes embaraços teóricos na construção de um conceito, minimamente consensual, capaz de dar concretude à locução. Como afirmou Antônio Junqueira de Azevedo, “Infelizmente, porém, o acordo sobre palavras, ‘dignidade da pessoa humana’, já não esconde o *grande desacordo sobre seu conteúdo*” (em *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana*, disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67536/70146>, acesso em 10/10/2016; grifo nosso).





Não obstante o reconhecimento dessa dificuldade, nestes comentários emprego uma noção de dignidade bastante difundida na doutrina constitucionalista brasileira: a de que é um *valor fundamental*, transformado em princípio jurídico de envergadura constitucional, funcionando como relevante (e não meramente retórico) ingrediente argumentativo.

Me valho, ainda, de uma feliz analogia empregue pela Prof. Dra. Maria Celina Bodin, para inserir a noção de dignidade enquanto *cânone* para a ponderação dos demais (e múltiplos) valores assegurados no ordenamento (*O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, p. 149): *Albert Einstein* mudou a forma como a ciência via o mundo ao identificar a *relatividade* do tempo, do espaço, do movimento, da distância. O físico, todavia, se valeu de um valor geral e permanente, em razão do qual podia valorar a relatividade das demais coisas: a constância da velocidade da luz no vácuo. Diz a autora:

“Seria o caso, creio eu, de usar essa analogia, a da relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no Direito, hoje, tudo se tornou relativo, ponderável, em relação, porém, ao único princípio capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico de nosso tempo: a dignidade da pessoa humana, onde quer que ela, ponderados os interesses contrapostos, se encontre”

## **2. Fundamentação da Metafísica dos Costumes: as coisas têm preço; as pessoas, dignidade**

“Procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio”

Immanuel Kant, *Fundamentação Metafísica dos Costumes*.

Um paradigma medular na discussão da temática concernente à dignidade da pessoa humana, como mencionou a colega Karine e também o colega Rafael, é a filosofia kantiana.

Tendo sido edificada a partir da crença na capacidade individual de conter paixões e atuar conforme noções internas de correção, o filósofo iluminista construiu sua teoria a partir de alguns pontos essenciais que, parece-me, poderiam ser sintetizados pelas seguintes premissas (a partir de *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, cuja tradução foi feita por Antônio Pinto de Carvalho, pela Companhia Editora Nacional, e encontra-se disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_kant\\_metafisica\\_costumes.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf)):

(i) A filosofia grega antiga dividia-se em três ciências básicas: a Física, a Ética e a Lógica.



(ii) Enquanto a filosofia formal pode ser intitulada como 'Lógica', a filosofia material, referente aos objetos determinados e às leis às quais eles estão sujeitos, pode ser repartida em duas, a depender de estas leis serem leis da natureza ou leis da liberdade.

(iii) A Física, também intitulada de Filosofia da natureza ou Filosofia natural, traz as leis da natureza e descreve as coisas como elas acontecem.

(iv) Já a Ética, igualmente intitulada Filosofia dos costumes, tem por objeto a vontade do homem, e prescreve leis cujo intuito é reger condutas.

(v) Considerando ser empírica toda filosofia que se apoia, de alguma forma, em princípios da experiência e pura aquela filosofia que constrói sua doutrina a partir, exclusivamente, de princípios *a priori*, temos que tanto a Física quanto a Ética podem, cada qual, possuir uma parte empírica.

(vi) Destarte, pode-se considerar que a Física possui, além de uma parte empírica, uma parte racional, da mesma forma que a Ética, na qual a parte empírica se intitula "Antropologia prática" e a parte racional recebe a denominação de "Moral".

(vii) Todas as indústrias e artes lucraram, na percepção de Kant, com a divisão do trabalho, segundo o qual não é só uma única pessoa que faz todas as coisas, pois cada qual se circunscreve àquela tarefa peculiar que "por seu modo de execução, se distingue sensivelmente das demais, a fim de poder cumpri-la com o máximo de perfeição e de facilidade possível". Assim, o autor se propõe uma investigação que dissocie da Ética a parte empírica, vale dizer, a elaboração de uma Filosofia moral pura, plenamente expurgada daquilo que é empírico e integrante, pois, da Antropologia. Segundo Kant, seria preferível, que os pensadores "não se incumbissem simultaneamente de duas tarefas que devem ser desempenhadas de maneira inteiramente diferente", uma vez que cada qual "reclama sem dúvida talento particular, e cuja reunião numa só pessoa conduz fatalmente a produzir obra imperfeita".

(viii) Afinal, uma metafísica dos costumes verdadeiramente isolada da antropologia (e da teologia e da física, por ex.) é imprescindível para a construção de uma teoria dos deveres claramente definida, na qual haja efetivo cumprimento de suas prescrições.

(ix) Como "não se poderia prestar pior serviço à moralidade, do que fazê-la derivar de exemplos", Kant se abstém de edificar um rol de virtudes particulares, listando o que se pode e o que não se pode fazer, e concebe uma fórmula, por ele intitulada como imperativo, que sintetiza o agir ético.



(x) Todos os imperativos são explicitados pelo verbo dever e podem ser qualificados como hipotéticos, ou como imperativo categórico. O autor explica melhor a distinção entre eles:

“Os imperativos hipotéticos representam a necessidade de uma ação possível, como meio para alcançar alguma outra coisa que se pretende (ou que, pelo menos, é possível que se pretenda). O imperativo categórico seria aquele que representa uma ação como necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro escopo, como objetivamente necessária.”

(xi) O imperativo categórico, referente a condutas necessárias e boas em si mesmas (vale dizer, sem qualquer relação com o resultado que delas possa derivar), pode ser enunciado da seguinte maneira: age de tal modo que a máxima da tua vontade possa se transformar em uma lei universal.

(xii) Me agrada particularmente o exemplo 4 que Kant utiliza na obra que intitula este tópico para ilustrar a formação do imperativo categórico. Imaginemos que um homem que leva uma vida boa (mas nota que outras pessoas, a quem poderia ajudar, se encontram em graves dificuldades), raciocine da seguinte maneira: “o que isso me interessa? Cada qual seja feliz de acordo com suas próprias posses. Não retiro a mínima porção do que meu semelhante possui, tampouco tenho inveja dele; todavia, não me empenharei em contribuir de nenhuma maneira para o seu bem-estar ou para auxiliá-lo em sua necessidade.” Segundo o autor, se esse pensamento fosse convertido em universal da natureza, a espécie humana continuaria subsistindo, de forma que seja possível existir uma lei universal da natureza conforme àquela máxima. No entanto, pondera o filósofo, é impossível desejar que tal princípio seja universalmente válido como lei da natureza. Explica o autor:

“Com efeito, uma vontade, que tomasse tal decisão, a si mesma se contradiria, uma vez que, apesar de tudo, podem apresentar-se casos, em que se tenha necessidade do amor e da simpatia dos outros, e então, em virtude desta lei oriunda de nossa vontade, ficaríamos privados de toda esperança de obter a assistência que desejaríamos.”

(xiii) No “reino dos fins” (dos seres racionais) – representação de mundo no qual todas as pessoas guiam suas condutas pelo imperativo categórico e no qual o dever não compete a um ‘chefe’, mas sim a cada membro do corpo social (em suma: a todos em igual medida) – tudo tem um preço ou uma dignidade:

“Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa equivalente; pelo contrário, o que está acima de todo preço e, por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade.”

(xiv) Destarte, quando detectamos algo que não possa na natureza ser substituído, pode-se concluir que assim o é porque o valor daquilo não deriva dos efeitos ou vantagens ou utilidade que traz, mas sim porque representa um fim em



si mesmo, vale dizer é “algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio”

Como Kant apresenta as pessoas (os seres racionais) como *fins em si mesmos*, isto é, como algo que não pode ser usado unicamente como meio (como coisa substituível pela natureza), automaticamente cria-se um limite ao livre arbítrio: *a pessoa está infinitamente acima de qualquer precificação*; logo, não pode ser nem avaliada nem confrontada com grandezas relacionadas com preço, sem que se lese seu valor.

Não por outra razão, a conformação moderna da ‘Dignidade da Pessoa Humana’ assimilou e depurou a filosofia kantiana para dar sustentação teórica a ideia de que *o homem não pode ser funcionalizado ou tratado como coisa*.

### **3. Nova regra do jogo: sai o mercado e termina a licença moral dos jogadores**

Tendo como marco teórico a filosofia kantiana, poder-se-ia extrair da dignidade da pessoa humana, como corolário, um subprincípio: o da ‘não mercantilização da pessoa’ – muitas vezes explicitado pelos civilistas como ‘princípio da gratuidade’, no intuito de demarcar a extrapatrimonialidade das situações existenciais.

Com isso, afastaríamos as regras mercadológicas que, guiadas pelo ideal de que o mercado prescinde de ética, estabelecem, de forma altamente nociva à dignidade, relações em que os envolvidos tiram *férias morais* e agem escoltados por uma falseada liberdade fundada na noção de custo-benefício.

A não mercantilização criaria barreiras à negociação comercial de bens e valores jurídicos que são inestimáveis, impondo como limite à autonomia privada o mote econômico na prática do ato. Destarte, o titular de uma situação existencial poderia, por fins altruísticos, dispor do seu corpo (em uma doação de órgãos) em benefício da saúde alheia. Com isso, estaria fazendo uso da sua autonomia em prol do desenvolvimento da sua personalidade, e não em detrimento dela. Não poderia, todavia, agir com finalidade lucrativa ou comercial, pois o corpo humano é por demais valioso para ser pensado na condição de ‘mercado de carne’, sujeito às regras típicas dessas relações, tal qual a especulação e o balanço entre a oferta e a procura.

Às preocupações de fundo ético, somem-se aquelas atinentes ao valor *liberdade*. A gratuidade assegura robusta espontaneidade na doação, ao passo que a monetarização pode atuar como fator de pressão e coerção do indivíduo em sua liberdade. Afinal, ao colocarmos preço em um órgão, o sujeito pode se mover imbuído exclusivamente pela recompensa, como se estivesse, com a



mutilação, a prestar um serviço como outro qualquer! Não está, vez que atos de autonomia existencial são absolutamente avessos a contraprestações, devendo ser motivados pela solidariedade e não por remuneração.

Vê-se, por conseguinte, que a dignidade jamais poderá ser pautada pela lógica da equivalência, válida somente para as situações patrimoniais; a lógica válida, *in casu*, refere-se à *promoção da pessoa humana*.

Uma constatação: as conclusões acima exaradas não pretendem fragilizar a autonomia privada; afinal, reconhece-se que não há dignidade sem liberdade, sobretudo quando se está a falar de escolhas existenciais (de autodeterminação e direito de escolher como se quer viver e o que é uma vida boa). Mas a *autonomia* somente será amparada em tais situações se atendida a *função de promover o desenvolvimento da personalidade*, nunca às custas da instrumentalização própria ou de outrem.

#### 4. “Abandonai toda a esperança, vós que entraís”

Encerrando esta minha segunda intervenção no diálogo inaugurado pelo Prof. Doutor João Carlos Loureiro – pautada na tentativa de reunir mais elementos para a discussão da primeira pista por ele apresentada –, trago um *exemplo pátrio* interessante.

Ao meu sentir, ele bem estampa a violência à dignidade disfarçada na oferta de um benefício moderno, supostamente elegível (ou não) segundo o livre exercício da autonomia privada.

Tramita no Congresso Nacional brasileiro um projeto de lei (PL 1.321/2003) que permite ao *presidiário* que se inscrever como doador vivo de órgãos, partes do corpo humano ou tecidos para fins terapêuticos, requerer redução de pena após a aprovação do procedimento cirúrgico.

Já é corriqueiro o reconhecimento de que o sistema prisional no Brasil é precário e desumano, pois trata de forma bárbara a população encarcerada no país. Como assinalou o jurista Daniel Sarmiento, subscritor da petição inicial na ADPF 347 (ajuizada no STF no intuito de articular soluções para a crise do sistema carcerário), a célebre frase, escrita no portão do Inferno da Divina Comédia de Dante Alighieri e que dá título ao tópico, poderia ornar com propriedade a entrada de quase todos os estabelecimentos prisionais brasileiros.

Em assim sendo, como esperar que um detento encarcerado em estabelecimento prisional no qual as condições estruturais são efetivamente atentatórias à sua integridade física e moral, que se expõe a episódios recorrentes de torturas, sevícias, execuções sumárias, superlotação, condições precaríssimas de higiene, entre outros problemas crônicos, tenha alguma liberdade na escolha



de se tornar ou não doador? *Não haverá decisão autônoma; só a compreensível tentativa de se livrar das trevas a qualquer preço.*

Como se nota, e respondendo ao colega Cui Rixing, as regras de mercado se apresentam em certos cenários de forma deletéria, ainda quando não há o emprego de dinheiro.



Re: Michael Sandel I

por [Loyanne Verdussen de Almeida Firmino Calafiori](#)

Tuesday, 11 October 2016, 00:34

**O mercado tomou tudo para si? Adianta chorar o leite derramado?  
Quais são os limites morais do mercado à luz da contemporaneidade?  
Vale tudo em nome do dinheiro?**

Essas são apenas algumas das questões contidas no bojo da presente discussão teórica em torno de *O que o dinheiro não pode comprar: os limites morais dos mercados*, de Michael Sandel.

Em primeira análise, desde a época de Jesus Cristo foi ensinado que existem certas searas que são intocáveis pelo dinheiro, como se pretendesse demonstrar que o poder do dinheiro macula a “pureza” daquilo que é comprado, ou seja, daquilo que possui um valor mensurado financeiramente. Dessa maneira, àquilo que fosse mais puro e sagrado não seria passível de se estimar um valor em pecúnia por sua troca, uma vez que o dinheiro lhe seria estranho e alheio.

Tanto era assim que na Bíblia encontramos a seguinte passagem: “Dai, pois, a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus”, demonstrando-nos que, desde épocas remotas, havia bens que, tradicionalmente, não eram tocados pela mercantilização, bens que simplesmente estavam fora de mercado.

No entanto, verifica-se na contemporaneidade a chamada “era do triunfalismo do mercado”, em que, assim como Midas, que transformava em ouro tudo que tocava, o mercado crescente, ganancioso e voraz se expande diariamente a áreas que antes não lhe eram afetas, de maneira que a lógica da compra e venda não se aplica mais apenas a bens materiais. Estamos caminhando para um modelo de sociedade em que tudo está à venda; mas, adianta chorar o leite derramado?

Os limites constitucionais ao mercado trazem consigo algumas discussões. A primeira delas seria a respeito da mercantilização do próprio corpo humano.



A proibição da venda de órgãos, como os rins, possui como fundamento o fato de que estabelecer preço para partes do corpo humano acaba por corrompê-lo, uma vez que a sua mercantilização o macula, tratando-o como uma mercadoria.

Tal proibição da venda de órgãos não configura uma ilegítima e paternalista interdição feita pelo Estado, ferindo a autonomia privada, uma vez que essa intervenção estatal afigura-se como sendo exatamente uma garantia da liberdade privada. Isso porque, se fosse possível a mercantilização de órgãos humanos, por exemplo, certamente muitas pessoas humildes e com poucos recursos financeiros seriam coagidas a venderem seus rins em prol da sua manutenção e de sua família, cerceando, assim, a sua livre vontade, por se encontrarem em situação de necessidade.

É cediço que, ao verem os filhos ou familiares sofrendo toda sorte de necessidades, os mais pobres fariam de tudo para contornar tal situação, inclusive, vendendo partes de seu próprio corpo, conferindo ao corpo humano um tratamento inapropriado, como se fosse um instrumento de lucro e objeto de uso.

Recentemente, um casal brasileiro processou a clínica de fertilização, na qual fizeram tratamento para engravidar, porque o bebê gerado nasceu com síndrome de *down*. Esse é mais um exemplo de como o mercado pode aviltar a condição humana. Afinal, o filho do referido casal foi erigido à condição de produto, de forma que o produto filho foi “vendido” com defeito, motivo pelo qual, o casal entende que caberia indenização pela clínica que propiciou a sua gravidez. Isso explica porque na pág. 16, Michael J. Sandel elucida que “algumas das boas coisas da vida são corrompidas ou degradadas quando transformadas em mercadoria”.

Essa situação desprovida de qualquer valoração da condição humana leva a sociedade à necessidade de (re)pensar o papel e o alcance do mercado nas relações humanas e na vida cotidiana, e de refletir se, realmente, o valor do dinheiro está acima da moral e dos princípios mais basilares da condição humana.

Outro exemplo que de nada enobrece a valoração do ser humano é o preço altíssimo das bolsas de sangue do Brasil, um verdadeiro mercado de sangue que existe sob os olhos da sociedade. Pode-se afirmar que o comércio de sangue existe no Brasil, só não é oficializado. Tal afirmativa se justifica porque quem oferece o sangue, o doa gratuitamente, não recebendo nenhuma gratificação em espécie pelo nobre gesto. No entanto, os laboratórios responsáveis pela preparação e exames necessários pelos quais o sangue doado se submete, repassam o sangue aos pacientes necessitados a um valor exorbitante, pois o sangue armazenado passa a ter cada gota valorosa como ouro.



Assim, como já elucidava Kant, as coisas têm preço, enquanto as pessoas têm dignidade, razão pela qual certos bens devem estar fora do mercado, para que sua natureza e seu âmagos não sejam maculados ou desvalorizados.

O fato é que a mercantilização da vida chegou a um patamar tão elevado que até o comportamento humano passou a ser mercantilizado. A realidade das varas de família do Brasil demonstra que, atualmente, existe o instituto da indenização por dano afetivo, causado pela ausência paterna, ou seja, uma compensação financeira que é paga pelo genitor pela sua ausência afetiva e emocional na vida do filho. Entretanto, é preciso lembrar que não se consegue comprar o amor. O amor de pai não será devolvido ao filho que não desfrutou dele ao receber uma quantia em pecúnia por essa ausência. Nenhum dinheiro jamais vai trazer ao filho a dor de não ter a quem entregar o presente feito na escola para o dia dos pais.

Tal mercantilização do amor paterno pode levar ao sério risco de se pensar nos filhos indesejados como sendo estorvos dos quais os pais podem facilmente se livrar pagando vultuosas quantias financeiras, ficando “livres” de educá-los, de amá-los e de lhes oferecer o carinho que nenhum dinheiro do mundo pode comprar.

O dinheiro se tornou tão tentador e tão poderoso, capaz de comprar tudo e todos, que se tornou o senhor Midas, tornando em ouro, em moeda, tudo que toca, tanto que, atualmente, o comportamento humano pode ser explicado nas diferentes áreas sob a perspectiva do mercado. O homem tem abandonado valores morais e princípios fundamentais ao ser corrompido e comprado pelas be-nesses e pela tentação trazida pelo dinheiro.

Porém, deve-se ter cautela, pois nem tudo está perdido! O mercado e a socialidade não estão condenados a estar de costas voltadas, pois o mercado pode perfeitamente ser também berço de socialidade, de valores e de princípios. Para isso, afigura-se sobejamente importante que o mercado permaneça em seu devido lugar, deixando de adentrar em esferas em que não é bem-vindo, esferas nas quais o mercado macula e denigra o seu objeto.

Sendo assim, é imprescindível que a sociedade possa discutir abertamente e de forma pública quais são os significados dos bens e das práticas sociais que valorizamos, além de, sobretudo, questionar sobre qual o tipo de sociedade em que desejamos viver. O dinheiro não pode ser excludente, pois não é mais importante que a pessoa humana. O dinheiro deve trabalhar para a satisfação das necessidades básicas e fundamentais de todo ser humano. O grande problema é que ele se tornou a prioridade, o senhor, o dono da sociedade, sendo que o seu papel não devia ser o de protagonista.





O mercado deve trabalhar ao serviço da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional que é vértice orientador de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Isso porque, o dinheiro é apenas um instrumento para a consecução dos direitos sociais do cidadão, não podendo, pois, o mercado transformar o ser humano em seu instrumento. O senhor do dinheiro é o homem, e não o dinheiro é senhor do homem.

O Estado possui a função primordial de garantir, em especial aos mais pobres, o acesso aos bens e aos serviços públicos imprescindíveis, como saúde, educação, saneamento básico, entre outros. Mas, isso não significa que o mercado não possua seu papel no desempenho da função social para a consecução das finalidades estatais. O mercado apresenta indiscutível relevância na geração de renda e trabalho. Contudo, o que não se pode é endeusar o senhor dinheiro em detrimento da dignidade da pessoa humana, uma vez que a dignidade não possui valor em espécie, pois é alheia ao mercado.

Assim, faz-se imperioso enxergar o dinheiro apenas como instrumento a favor do homem, para satisfação de suas necessidades, e jamais como ninho de desigualdade, em que, aos poucos, as pessoas abastadas se separam das pessoas humildes, o que não seria positivo para a própria democracia, uma vez que apenas poucos (e abastados) têm acesso a determinados bens e serviços que o dinheiro pode comprar, o que condenaria as pessoas humildes a toda a sorte de precariedades.

Como supedâneo no que leciona o autor na pág. 202 do livro em estudo, a "Democracia não quer dizer igualdade perfeita, mas de fato exige que os cidadãos compartilhem uma vida em comum", ou seja, deve-se conferir valor à ideia de comunidade, de união entre os cidadãos, de maneira que a hipermercantilização da vida não separe as pessoas, ferindo a ideia de comunidade.

Nem tudo ainda está perdido. Ainda é tempo de resgatarmos a igualdade entre as pessoas, independentemente de sua condição social e financeira. Ainda é tempo de se atribuir valor às coisas simples e mais valiosas da vida, aos bens tradicionalmente alheios ao mercado, que foram maculados e degenerados por ele, ao lhes serem atribuídos preços. Existem coisas que não possuem preço, que nunca se irão possuir, pois os limites morais do mercado ainda são capazes de resgatar o que de mais valioso o ser humano possui: a sua dignidade!





Re: Michael Sandel I

por [Fabio Luiz dos Passos](#) - Wednesday, 12 October 2016, 16:39

**Reflexões (quicá dispersas) sobre “o que o dinheiro não compra” de Michael J. Sandel, e os pontos para discussão propostos pelo Prof. Dr. João Carlos Loureiro.**

O modelo capitalista de economia e, com ele, a economia de mercado proporcionaram grandes avanços à sociedade, seja no que tange às relações sociais, seja na forma de vida dos indivíduos e das comunidades.

A superação das restrições de mobilidade territorial (e social) – leis dos pobres – pela necessidade inerente ao modelo industrial capitalista de mão de obra disponível (e dispensável) exemplifica a influência, ainda nos seus primórdios, da economia de mercado/capitalista nas relações sociais.

Porém, o que me parece ter sido seu ápice, com a sociedade norte americana do 1.º pós-guerra, culminando com a grande depressão de 1929, demonstra os perigos da volatilidade dos mercados.

A influência da economia de mercado afetou/modificou também a vida familiar e a estrutura das residências. Como indica Ulrich Beck (*La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2010) a estrutura e formato das casas mudou muito ao longo do último século, deixando de ser a cozinha o coração do lar, caracterizada por ser uma peça ampla e onde se reuniam todos os familiares. A sala de estar/TV passou a centralizar a vida doméstica, com lugar de destaque para a televisão, diante da qual todos passaram a se reunir. Na atualidade, em muitas casas e apartamentos a cozinha é um espaço muito restrito, a um passo de desaparecer, embora muitos imóveis ostentem agora uma “área gourmet”, pseudo cozinha destinada aos momentos festivos com os amigos (que tendem a não ser os vizinhos!). Redes de internet *wi-fi*, e vagas de garagem múltiplas também são requisitos “indispensáveis” nos imóveis.

A caminhada até à mercearia do bairro foi substituída pelos restaurantes. Compras pela internet e clubes de assinatura de quase todos os gêneros imagináveis (desde os tradicionais clubes de livros até vinhos ou condimentos) possibilitam novas experiências gastronômicas ou a renovação do guarda-roupas sem precisar sair de casa. Por consequência, sem a atividade física inerente à



caminhada até à mercearia, sem o contato físico com vizinhos, transeuntes e demais consumidores daquele estabelecimento, mas em compensação, com muito mais consumo de energia elétrica, combustível e geração de resíduos de embalagens.

A ideia de acumulação de riquezas é histórica nas diversas sociedades, como demonstra Amartya Sen (*Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo: Companhia das Letras, 2010) mas atualmente parece estar sendo substituída, ao menos em parte, pelo desejo de consumo e/ou ostentação da capacidade (mesmo irreal) de consumo. Inúmeras pessoas/famílias vivem problemas graves em razão do endividamento excessivo decorrente do estímulo intensivo pelo consumo e evidenciação do consumo. O mercado financeiro tem aproveitado, e mesmo estimulado, este endividamento intenso com a disponibilização, sempre crescente, de crédito consignado.

Neste cenário se percebem três elementos convergentes: a disponibilidade de crédito (aparentemente) permanente, postergando a percepção do endividamento; o estímulo permanentemente massivo, intensivo, ao consumo, atribuído a todo e qualquer produto ou serviço, por mais supérfluo que seja, o status de indispensável/essencial; e, por fim, a necessidade, também permanentemente estimulada, de ostentar sua capacidade (e efetivo) consumo, por meio das inúmeras redes sociais virtuais.

A associação destes três elementos induz a conclusões de lógica mercadológica que parecem hábeis a orientar todas as decisões, nas mais diversas esferas das relações humanas e mesmo da vida humana.

Será admissível a venda do corpo?

É conhecida a prática da venda de cabelos, destinada à finalidade estética (perucas e alongamentos capilares) fomentando um nicho de mercado no Brasil. Porém esta prática também envolve muitas famílias indianas.

Quanto ao objetivo desta venda, é muito diferente da doação de cabelos para a confecção de perucas para pacientes de quimioterapia e radioterapia, a fim de amenizar os efetivos psicológicos da queda de cabelo decorrente dos tratamentos. Trata-se de um mercado voltado puramente à estética.

Quanto aos “produtores” tem-se aí a nítida percepção de uma fonte de rendimentos especialmente para famílias mais pobres.

Outros elementos que tangenciam o debate, porém em sentido inverso, ou seja, não gerando renda para as famílias mais pobres, porém sim para pessoas com maior poder aquisitivo, são as frequentes afirmações dos médicos quanto à



ausência de utilidade do apêndice e das amígdalas para o corpo ou para a vida, induzindo à sua retirada por meio de procedimentos cirúrgicos, que são pagos pelo indivíduo ou pelo Estado, e o destinatário destes recursos não são as famílias pobres, mas sim os médicos, ordinariamente não enquadrados na condição de pessoas carentes ou de baixas rendas.

Embora não se esteja falando especificamente de venda de órgãos, sem dúvidas se trata de comércio com intuito de lucro, envolvendo o corpo humano e que não chocam como violações à dignidade. Quando muito, os procedimentos médicos são questionados pela desnecessidade de seu custo.

O estado social não deve ser pensado em termos de estado comunidade?

O preâmbulo da Constituição Federal Brasileira aponta para o objetivo de assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”

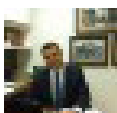
A preponderância dos direitos sociais sobre os individuais é evidenciada pela ordem dos termos na redação, e enfatizada pela qualificação da sociedade (almejada) como fraterna, ou seja, como uma irmandade, com vínculo de reconhecimento e aceitação recíprocos entre os seus integrantes na condição assemeelhada de irmãos.

Esta concepção reforça a ideia de estado social, que parece ser indissociável da ideia de sociabilidade, interação dos indivíduos como uma coletividade, almejando objetivos comuns.

É difícil imaginar uma concepção de estado, mormente “social” desvinculado da ideia de coletividade e composto pelo amontoado de indivíduos unitários, focados exclusivamente no seu interesse individual.

Neste sentido a ideia de terceiro setor como substitutivo do Estado na implementação de certas ações públicas parece representar uma “terceirização” das políticas públicas a certos grupos especialmente motivados para este fim e abrir caminho para duas possibilidades não excludentes: a transformação dos próprios conceito e essência de Estado e Sociedade, bem como, a exposição das políticas públicas à (possível/latente) lógica de mercado (apontada por Sandel) de acordo com os imprevisíveis e não controláveis interesses dos grupos envolvidos.





Re: Michael Sandel I

por [Pedro Henrique Cordeiro Lima](#) - Friday, 14 October 2016, 20:27

### **O que o mercado não deve vender: breves apontamentos acerca da mercantilização da educação**

O Professor Dr. João Carlos Loureiro, com o seu *Propostas (In)decentes: e tudo o mercado levou?*, propôs algumas reflexões acerca da obra *O que o dinheiro não pode comprar: os limites morais do mercado* do filósofo americano Michael J. Sandel.

Levando em conta as problematizações propostas pelo Professor, é interessante analisar a mercantilização de um aspecto tão caro para o Estado, tanto enquanto estrutura jurídico-política como enquanto comunidade, que é a educação, do qual, há muito, acostuma-nos, tanto no Brasil com nos Estados Unidos – objeto principal dos estudos do Sandel – a aceitar como mercadoria.

Para tanto, faz-se necessário distanciar-se um pouco o pragmatismo moral de Michael J. Sandel – que enfrenta dilemas e problemas morais com a profundidade dos grandes filósofos, mas com uma clareza exemplar – atendo-se, todavia, à sua importante constatação de que os problemas morais devem ser considerados de forma aberta no debate político.

Posto de forma direta: tratar o debate sobre a mercantilização da educação não considerando o sentimento moral, de certo ou errado, de cada um, ou mesmo se essa leva ou não à corrupção da educação em si; antes disso, tratá-lo como questão valorativa essencial a ser debatida no âmbito de um Estado Democrático de Direito, aceitando que a moralidade que governa o debate jurídico-político não deve ser a moralidade privada, que governa as decisões pessoais, mas a moralidade pública e política, que gira em torno de um sistema de direitos nos Estados Democráticos.

Ainda que nossa moral privada aceite que alguém pague para “ser educado”, pode um Estado Democrático de Direito considerar a educação como mercadoria, ou seja, algo que está sujeito às regras de mercado?

É possível a existência de uma democracia onde a educação seja mercadoria?

Propõe-se, como ponto de partida para alcançar tal resposta, inquirir não acerca “do que o dinheiro não pode comprar”, mas, sim, sobre “o que o mercado não deve vender”.



O questionamento aqui não gira em torno de quem deva ser o prestador final do serviço da educação, ou seja, instituições privadas têm ou não um papel a desempenhar no processo educacional, mas, sim, se a educação pode ser tida como um serviço comum, com preço que varia de acordo o seu custo e sua demanda, oferecido àqueles que podem pagar.

Surgem, então, alguns pontos a serem considerados.

### *1 – Escola como mediador entre família e sociedade.*

No complexo processo de formação do homem através da educação, um dos papéis fundamentais da escola é mediar a transição entre a ética imediata da família, que é algo essencialmente natural, para uma ética comunitária, resultante de uma construção abstrata, tal como se dá na sociedade (G. W. F. Hegel. *Linhas fundamentais da filosofia do direito*. trad. Paulo Menezes. São Leopoldo: UNISINOS, 2010, p. 82.).

Na escola deve-se aprender a conviver em uma instituição que congrega pessoas de diversos grupos, com interesses particulares distintos, e os submete a regras e objetivos comuns, permitindo a transformação do indivíduo em cidadão.

Com efeito, tal objetivo não é satisfeito a contento se a escola se limita a reproduzir em seu seio as estratificações existentes na sociedade, tornando-se, assim, uma escola de iguais.

Todavia, ao transformar a educação em simples mercadoria, com o preço estabelecido segundo as regras do mercado e oferecido aos que podem pagar, é esse o resultado. Os ricos na escola dos ricos e os pobres nas escolas dos pobres.

Essa divisão imposta pela mercantilização das coisas, que determina que só estarão *ali* os que podem pagar, tão fácil de perceber nos bairros das cidades, nos locais de lazer, mesmo nos meios de transporte, é ainda mais negativa quando atinge a educação.

### *2 – Educação enquanto formação e cidadania para quem pode pagar.*

Talvez o aspecto mais relevante da educação, como essa é entendida em um Estado Democrático, seja a formação do indivíduo enquanto cidadão apto a participar da vida pública.

Em sua *Pedagogia*, Kant afirma que unicamente pela educação o homem chega a ser *homem*, entendendo por *educação cuidados, a disciplina e a instrução, juntamente com a formação [Bildung]*.



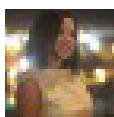
É justamente sobre essa formação ética enquanto cidadão, a *Bildung*, que se fala aqui. Por óbvio, esse existir no espaço cívico enquanto cidadão em sua plenitude, não é algo da natureza, inato, mas se adquire com a formação.

Assim, a relação umbilical que um Estado democrático de Direito tem com a educação vai além da garantia de um direito fundamental. Pois não basta que o cidadão seja livre e titular de direitos; ele deve saber-se como tal, alcançando a plenitude de sua cidadania.

Desta forma, privar a educação do indivíduo significa, em última instância, privá-lo de sua própria cidadania.

Por essa ótica, pode a educação ser algo posto à venda, alcançável apenas por aqueles que têm como pagar seu preço?

A conclusão que se avizinha é a de que não pode ser tido como mercadoraria aquilo que é essencial para a existência não só dos indivíduos, como para o próprio Estado Democrático de Direito.



Re: Michael Sandel I

por [Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo Lopes](#)

Sunday, 16 October 2016, 22:07

Trafegando nas pontes propostas para a discussão, inicio o caminho concordando com a limitação constitucional dos mercados, considerando que ainda que não tenhamos vedações expressas, ao sopesar princípios dispostos na Constituição e em tratados internacionais de direitos humanos que têm equivalência constitucional, teremos sempre que estabelecer na hermenêutica a supremacia do princípio da dignidade humana. Naquilo que o afronta, como por exemplo, a venda de órgãos, bebês, crianças, mulheres ou a participação em ensaios clínicos, há um limite. Ao meu ver, mesmo que em algum momento disparatado de um Parlamento se criem leis que autorizem os exemplos citados, tais normas deverão ser questionadas na Suprema Corte respectiva por flagrante inconstitucionalidade. Dentro dos sistemas de justiça nacionais – decorrentes da própria ideia de justiça e servientes à sua efetivação e garantia – o ser humano definitivamente não está à venda, nem em parte, nem no todo. O livre mercado autoriza que sejam inventadas muitas maneiras de auferir lucros mas não as exime de observar o limite da dignidade humana.



“O economista tem que transacionar em moral!” foi uma das inúmeras frases de Sandel que nos fizeram refletir sobre os limites morais dos mercados. Não se pode conceber a economia apenas baseada na geração de consumo – e conseqüentemente de lucro - dissociada dos valores. Vejamos a questão do lixo, como ilustrativa desse tópico. A preocupação coletiva e global com o meio ambiente deve gerar nos estados nacionais políticas de resíduos sólidos que imponham à sociedade e aos mercados uma série de obrigações que precisam ser incorporadas à vida cotidiana e aos negócios em geral. Se por um lado o tema em si gera o mercado de reciclagem, por outro, transversalmente, impacta as diferentes produções em escala e os descartes de todos, da Administração Pública aos cidadãos. Se fosse uma questão individual, ninguém teria nada a ver com isso. Mas sendo um desafio coletivo, todas as partes devem ser envolvidas na solução. O movimento da responsabilidade social corporativa e, mais recentemente, da sustentabilidade empresarial, surge nesse contexto de alerta aos líderes do campo empresarial de que suas atividades comerciais não podem mais ser planejadas sem levar em conta o impacto global em relação ao planeta e, conseqüentemente, a nós, seus habitantes.

A universalidade e a gratuidade de sistemas públicos de prestação de serviços sociais como saúde, educação e assistência social podem conviver em harmonia com os entes privados. No Brasil, além do Sistema Único de Saúde ser gratuito para todos os cidadãos, há uma indução na Lei n.º 12.101, de 2009, de que as organizações da sociedade civil que atuem na área da saúde, por exemplo, e facultativamente queiram ter isenção da contribuição previdenciária patronal sobre a folha de pagamento de seus funcionários, deverão garantir um percentual mínimo de 60% de gratuidade ao SUS. A isenção da contribuição previdenciária citada foi um direito constitucionalmente conquistado em 1988, mas a legislação ordinária determinou um trâmite administrativo para o reconhecimento desse direito por meio de uma certificação prévia junto aos ministérios correspondentes. Essa é uma perspectiva adicional da gratuidade: para além do sistema público de saúde ser gratuito ao cidadão, quando ofertado por uma entidade privada sem fins lucrativos a maioria de suas atividades devem ser gratuitas dentro do SUS, como contrapartida à fruição e gozo da isenção. Com esse modelo, há possibilidade de mobilização de recursos privados e contraprestacionais para a sustentabilidade da organização, garantindo uma relevante parte da prestação de serviços de forma gratuita, se esta for titular do CEBAS – Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, antigo CEFF – Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos. Por historicidade e legitimidade, mas também por conta dessa indução para a execução da política pública de saúde por meio da norma em referência, é que 45% (quarenta e cinco por cento) dos serviços de saúde





prestados no âmbito do SUS são ofertados aos cidadãos por meio das entidades privadas sem fins lucrativos no Brasil. A política deve ser instrumento de indução à economia com valores fundantes da própria Constituição do país.

Na Carta Magna também se encontram os fundamentos da gestão pública democrática, que envolve diferentes atores na sua consecução e considera que há legitimidade de atuação das organizações da sociedade civil de participação social no ciclo de gestão de políticas públicas, seja na formulação, implementação, monitoramento e avaliação. Essa premissa está inscrita nos princípios e regras da Lei n.º 13.019, de 2014, que instituiu o regime jurídico próprio de fomento e de colaboração aplicável às organizações da sociedade civil para projetos e atividades de interesse público em parceria com o Estado. Ao reconhecer as duas formas de parceria como igualmente legítimas – de fomento como incentivo a projetos próprios e de colaboração como execução de atividade de natureza continuada em política pública induzida – a nova lei traz os dois olhares como possíveis. Tanto as organizações podem criar novas tecnologias sociais, complementando a atuação estatal, como podem atuar na prestação de serviços públicos diretamente, substituindo o Estado naquele território. A transversalidade da lei, de âmbito nacional e válida para todo e qualquer tipo de parceria com as organizações da sociedade civil, nos remete a pensar que os limites de atuação da organização – se complementar ou em substituição ao Estado – podem estar nas políticas setoriais.

Em minha concepção, o Estado deve entregar bens e serviços e garantir direitos diretamente. Contudo, poderá, para cumprir tais funções, contar com o apoio das organizações da sociedade civil nos campos de atuação de suas expertises. A legislação específica, constitucionalmente alicerçada, pode estabelecer os limites, inclusos percentuais, de delegação de atividades, que nunca deve ser completa ou em percentual de 100% (cem por cento). A substituição total do Estado pode ser desastrosa para a garantia de bens, serviços e direitos em uma sociedade democrática, submetendo serviços públicos considerados essenciais e básicos à lógica eminentemente de mercado, pelo risco da hipermercantilização da vida como já deflagrado em toda a obra de Sandel em debate.





Re: Michael Sandel I

por [Cui Rixing](#) - Monday, 17 October 2016, 18:47

### Autonomy and three formulas

Autonomy here has been interpreted into two categories by Professor João Carlos Loureiro. The first autonomy is our freedom to dispose of our body; the second autonomy is our freedom to choose, or putting in another way, “freedom from want” made by Franklin D. Roosevelt in 1941.

For a better understanding of why the first autonomy is not encouraged, we can refer to some ideas in the book *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, written by Immanuel Kant. Before doing that, let us remark the difference (at least in the English version) between freedom and autonomy in Kant’s theory. In light of this, I will take “autonomy” as freedom, drawing upon Professor João Carlos Loureiro’s remarks. In this book, Kant creates three formulas. The first formula is that of the Universal Law of Nature, in which he puts, “act only in accordance with that maxim through which you can at the same time will that it become a universal law of nature without contradiction.” Regarding this formula, Robert Johnson (2004) provides a method based on four steps to analyze whether an action is morally permissible: the first step is to formulate a maxim enshrining the reason for such action; the second step is to universalize the maxim so as to make sure that all rational agents will, by the universal law of nature, act like this; the third step considers whether this maxim is conceivable under the circumstances; the fourth step is to ask who would, or could under those given circumstances act on this maxim through rational will. If we assume that a poor father thinks it is a matter of his autonomy to sell his kidney for money so his daughter can have a better life. The maxim is that he can make a better life for whom he wants by harming his own body, i.e., selling his kidney. By way of universalization, his daughter, too, shall have the autonomy to sell her kidney. However, the act that she is selling her kidney indicates some loss of life quality, not the other way around; it will therefore be contradictory to her father’s maxim – all for her better life. Needless to universalize it to everyone, her father’s action is not conceivable even when he is thinking of his daughter.

Logically, it is hard to explore how the first formula could be applicable to demonstrate that selling a kidney is not morally permissible. In the example put forward (selling kidneys) a lot of conditions are involved, and the first formula has therefore its own limitations for explaining our concerns. Hence, another tool is called for on another aspect, which is Kant’s second formula, the Formula of Humanity. Kant puts it in this way: “act so that you use humanity, as much in your



own person as in the person of every other, always at the same time as end and never merely as means". A significant point arises as the core argument in this formula is: how to understand the terminology of "mere means," i.e., Mere Means Principle? Before starting, in Kant's mind an end in itself has three characteristics: objective, unconditional and has dignity. Onora O'Neill (1990) and Allen W. Wood (1999) create the theory of "Possible Consent account." It is derived from Kant's "false promise," that is to say, a false promise made by one thwarts the other party from acknowledging one's real action. A person is treated as mere means if s/he cannot consent to the action (O'Neill, 1990); likewise, no possibility is left for him/her to avert or modify the action and then dissent from it. Another similar statement is focused on the end- someone treats another merely as means if the end cannot be shared by the person to whom the promise is made (Wood, 1999). Samuel J. Kerstein (2004) and Lina Papadaki (2013) develop it into "a person cannot rationally consent to being treated in way x, if consenting to x would make her unable to dissent from (avert and modify) being treated in a way that thwarts her nature as an end in herself" and "a person cannot have an end... if his willing it would be practically irrational in the sense of thwarting the attainment of some other end that he is rationally compelled to have." When it comes to kidney sale, one who sells a kidney out of poverty, even though he is completely aware of the end of this action (selling a kidney for money), thwarts the attainment of his own original end (live with dignity). In this sense, the first autonomy is inferior to the second one because the second autonomy is binding, given one's original end determined by his rational will.

The third formula is the Formula of Autonomy. Kant once said "the idea of the will of every rational being as a universally legislating will." Some Chinese translators prefers to translate "autonomy" into "self-discipline," which I would like to agree. Kant gives his own definition of "autonomy of the will," which is "the property of the will through which it is a law to itself (independently of all properties of the objects of volition)" and the principle of autonomy is "not to choose otherwise than so that the maxims of one's choice are at the same time comprehended with it in the same volition as universal law." Besides, Kant develops the concept of "heteronomy," as opposite to "autonomy." Unlike autonomy, heteronomy is an hypothetical imperative (autonomy is imperative). To some extent, the hypothetical imperative is based on empirical principles, which, in Kant's understanding, should not provide grounds for moral laws, because Kant finds that empirical principles are from "particular adaptation of human nature" or from "the contingent circumstances in which it is placed," not universal. This theory is a supplement to what is left in the kidney case. When someone sells his kidney only because s/he thinks they "should" do so, it comes from empirical reasons, based on their knowing of circumstances where they are currently being placed, and it represents that they are ruled by something else, which is heteronomy. Hence, you can hardly say that selling kidney is one's autonomy, and thus claim that is is morally permissible.





Re: Michael Sandel I

por [Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho](#)

Monday, 7 November 2016, 00:26

### Michel Sandel I, de 04/10/2016

Caro Professor Doutor João Loureiro e prezados colegas,

Apresento minhas contribuições para o debate, procurando desvendar os binômios Mercado/Socialidade, Mercado/Direito, Mercado/Estado, Mercado/Limites a partir das pistas sugeridas.

### MERCADO / SOCIALIDADE

O escritor e economista indiano, Prêmio Nobel de Economia em 1998, Amartya Kumar Sen, defende que o mecanismo de mercado desperta grandes paixões favoráveis e contrárias. Para ele, o mercado é um sistema que facilita a socialidade, a partir do momento em que possibilita e promove a interação das pessoas. De outro lado, o desenvolvimento das relações sociais amplia o mercado, por isso é difícil pensar que algum crítico razoável possa ser contra o mercado em si. Vejamos *in verbis* o que ele nos ensina:

O mecanismo de mercado, que desperta paixões favoráveis ou contrárias, é um sistema básico pelo qual as pessoas podem interagir e dedicar-se a atividades mutuamente vantajosas. Por esta perspectiva, é difícil pensar que um crítico razoável poderia ser contra o mecanismo de mercado em si. Os problemas que surgem se originam geralmente de outras fontes – não da existência dos mercados em si – e incluem considerações como o despreparo para usar as transações de mercado, o ocultamento não coibido de informações ou o uso não regulamentado de atividades que permitam aos poderosos tirar proveito de sua vantagem assimétrica. Deve-se lidar com esses problemas não suprimindo o mercado, mas permitindo-lhe funcionar melhor, com maior equidade e suplementação adequada. As realizações globais do mercado dependem intensamente das disposições políticas e sociais. (A. K. SEN. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. por Laura Teixeira Mota, São Paulo: Companhia das Letras, 2000)

Com efeito, “os mercados são um importante campo da socialidade,” além de serem “espaços de humanização e de geração de confiança.” Como numa via de mão dupla os mercados promovem o desenvolvimento da sociedade e são, também, desenvolvidos e influenciados por ela.



É claro, porém, que nesta relação entre mercado e socialidade nem sempre é ausente o conflito, gerando muitas vezes problemas entre o mercado e a socialidade, que não são originados da existência pura e simples dos mercados, mas, sim, de fatores externos, causados, na maioria das vezes pela ausência de informação e/ou de regulação adequada.

A solução para lidar com essas distorções do mecanismo de mercado, que o tornam muitas vezes antissocial (acirrando exclusão, desigualdade, e se aproveitando das vulnerabilidades), não reside em suprimi-lo ou fazê-lo virar as costas à socialidade.

É preciso cooperação política, social e jurídica para fazer o mercado funcionar melhor, em prol do desenvolvimento humano como historicamente contribuiu, com maior equidade, eficiência e justiça distributiva apresentando caminhos para a harmonização da convivência entre os homens.

## MERCADO / DIREITO

A Análise Econômica do Direito (AED) também conhecida como *Law and Economics* (L&E), surgiu a partir do desenvolvimento das teorias econômicas e da atenção de economistas para assuntos jurídicos e de juristas para assuntos econômicos. Essa análise valoriza a interdisciplinaridade entre as duas ciências (do direito e da economia), que se classificam como ciências humana, aliás como não poderia ser diferente, por serem manifestações da vontade dos humanos.

Embora a ciência econômica muitas vezes pareça se aproximar mais das ciências exatas, pela preocupação excessiva com aspectos mercadológicos, quantitativos e financeiros, os mecanismos de mercado não podem ser compreendidos e bem aplicados fora do campo dos valores. E, como defende Michael Sandel no livro ora debatido, a economia deve “transacionar com a moral”

Logo, realizar o estudo conjunto dessas duas ciências (economia e direito) colabora tanto para o desenvolvimento econômico quanto social, analisando-se, de um lado as consequências econômicas decorrentes de decisões e regras jurídicas, e de outro, as consequências jurídicas dos fatos ocorridos no contexto da economia.

Sintetizando o nascimento e desenvolvimento da Análise Econômica do Direito para entender um pouco mais sobre a relação entre Economia e Direito temos as notas a seguir:

Um dos precursores da Análise Econômica do Direito foi Adam Smith, com a obra *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* – conhecida como *A Riqueza das Nações*, em que criticava o intervencionismo e a existência de leis para a regulação do mercado.



Adam Smith criou a célebre expressão “mão invisível” em referência aos efeitos de um mercado livre, sem intervenção, que seria suficiente para regular os preços ao patamar correto e à concorrência. A obra de Adam Smith é profundamente questionada, entretanto, é a base para o desenvolvimento de uma doutrina de não-intervenção do Estado, a não ser nas hipóteses de falha de mercado, as quais não eram tratadas pelo economista do século XVIII. (Ribeiro; Galeski Jr. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 54)

Bentham foi outro estudioso que, no final do século XVIII, também apresentou contribuição para a Análise Econômica do Direito, com seu cálculo de dores e prazeres, destinado a proporcionar maior felicidade para o maior número de pessoas (maior eficiência ao mercado), por meio da reforma da legislação e do sistema jurídico.

Alguns críticos afirmam que esta perspectiva da obra de Bentham sobre a Análise Econômica do Direito acaba por substituir os valores morais que devem influir nas escolhas do mercado por soluções baseadas apenas na utilidade (eficiência), e isso levaria a situações aberrantes, como o comércio de bens que não poderiam ser comercializados como crianças e órgãos. Afinal, a comercialização de um rim poderia até trazer felicidade tanto para o vendedor como para o comprador (o primeiro pelo dinheiro que receberia e que poderia permitir-lhe prazer, o segundo por poder alongar sua sobrevivência diminuindo suas dores), mas corromperia valores como a proibição da venalização do corpo, não deixando incólume o princípio que veda a comercialização do corpo humano e de suas partes.

No final do século XIX, com o desenvolvimento nos Estados Unidos da Escola Institucionalista, movimento cuja tese central é a de que os direitos são subordinados a condições econômicas e sociais, muitos economistas voltaram-se para o Direito, porque entendiam que o mecanismo de mercado necessitava analisar o contexto histórico, cultural, social e, também, o desenvolvimento das instituições para que fosse possível explicar os acontecimentos econômicos.

Já no início do século XX, a Escola de Chicago se tornou conhecida pelas seguintes características: confiança nas instituições jurídicas do capitalismo, forte carga de estudos empíricos, e ceticismo quanto à intervenção estatal nos mecanismos de mercado. Em razão da crise econômica e do *New Deal*, os estudiosos, principalmente dos juristas da Universidade de Chicago, passaram a dar atenção aos benefícios de uma análise do direito a partir de critérios econômicos. Matérias jurídicas com clara conotação econômica como: direito societário, falência, regulação de serviços públicos, direito imobiliário, leis trabalhistas, etc. avançaram nesse período.



Na segunda metade do século XX, com a publicação *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner, juiz da Corte de Apelação dos Estados Unidos, muitos juristas passaram ainda mais a aplicar a teoria da análise econômica do direito aos casos concretos referentes à propriedade, contrato, direito penal, etc. Posner estudou diversas questões jurídicas como sexo, idade, eutanásia, AIDS, impeachment, clonagem, homossexualidade, substituição parental, liberdade religiosa, adoções, entre outras a partir de um viés econômico e da tese da eficiência.

Ocorre que houve estudiosos que trouxeram à tona deficiências na tese da eficiência, uma vez que os mecanismos de mercado apresentam falhas. Assim, desde o início da década de 80 a AED tem sofrido uma significativa reformulação. Em Portugal, a AED está cada vez mais disseminada nas pesquisas realizadas no mundo acadêmico, desde 1981, quando o Professor Jorge Sinde Monteiro, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - UC, considerado um dos pioneiros nos estudos de Direito e Economia, em Portugal, publicou artigo em que tratou das várias questões metodológicas acerca da análise econômica do direito. Outro exemplo são as discussões ora travadas no Programa de Doutorado: Estado Social, Constituição e Pobreza da UC, em torno do livro *O que o dinheiro não compra*, de Michael Sandel, em que se pretende discutir os limites morais do mercado.

Karin Jacobi e Márcia Carla Ribeiro asseguram que a AED contribui para aprimorar o sistema jurídico, por meio da elaboração de leis mais adequadas à realidade econômica e da maior conscientização dos julgadores acerca da repercussão de suas decisões, vejamos:

As noções obtidas por meio do estudo da lógica econômica contribuem para aprimorar o sistema jurídico, por meio da elaboração de leis mais adequadas à realidade, da maior conscientização dos julgadores acerca da repercussão de suas decisões, dentre outros exemplos. Por sua vez, o aperfeiçoamento do sistema jurídico, obtido ao se agregar noções da Economia, tem o poder de acarretar, por conseguinte, um maior desenvolvimento da própria Economia, que passa a contar com o apoio das instituições para organizar seu funcionamento. (Karin Bergit Jacobi/ Márcia Carla Pereira Ribeiro. *A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 32)

De fato, não se discute a importância do estudo conjunto das matérias Direito e Economia e sem dúvida a interdisciplinaridade enriquece as conclusões sobre a realidade dos fatos e suas consequências jurídicas.

## MERCADO / ESTADO

Ao longo da história, o Estado apresentou comportamentos bastante diferentes perante a Economia, adotando diversos níveis de interferência no domínio econômico, a depender do posicionamento político adotado, pois os fatores políticos refletem nas opções da ordem econômica de um Estado e vice-versa.



Então, para entender o modelo interventivo atual de regulação econômica do Estado e o contexto em que ele se consolidou, é preciso fazer uma rápida análise sobre a evolução histórica do Estado a partir do final do século XVIII até os dias atuais.

Pois bem, no final do século XVIII, surgiu a teoria do liberalismo econômico, inspirada em Adam Smith, em sua obra *A Riqueza das Nações*. O liberalismo era caracterizado pelo não intervencionismo do Estado, e pela premissa de que o próprio mercado deveria resolver os problemas econômicos.

Além de Adam Smith, destacaram-se na teoria do liberalismo nomes como Locke, Montesquieu e Kant, que defendiam a política de separação de poderes, contrapondo-se à onipotência do rei absoluto. Esses poderes (executivo, legislativo e judiciário) deveriam estar separados e ser mutuamente contidos.

Com efeito, o liberalismo foi usado, pela burguesia, como resistência ao absolutismo monárquico, que representava concentração do poder político e econômico e restrição à liberdade individual. Após a Revolução Francesa, a burguesia consolidou, nas constituições, o triunfo do liberalismo e a feição do Estado Liberal, que governava e administrava, mas não interferia nas atividades econômicas, nem nas relações contratuais privadas, deixando agir a mão invisível do mercado.

Adam Smith criou a conhecida Teoria da “Mão Invisível”. Defendia que a busca da realização dos objetivos individuais, em ambientes propícios ao desenvolvimento competitivo, levaria à realização do bem-estar econômico e social, e que, todos teriam acesso aos bens essenciais ao sustento digno, como explica L.V. Figueiredo, em *Lições de Direito Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 43/44.

Além disso, continua o mencionado autor nos explicando que, no âmbito econômico, as principais características do Estado Liberal são os postulados da livre-iniciativa, da liberdade contratual e da liberdade de mercado - que se relaciona com a auto-organização e com a auto-regulação da economia. Já no âmbito jurídico, o Estado Liberal fundamenta-se no princípio da propriedade privada, no *pacta sunt servanda*, e na absoluta proteção aos direitos individuais e privados.

Assim, o Estado Liberal limitava-se a atuar como mero expectador da organização estabelecida pelos indivíduos e pelo mercado (*laissez-faire, laissez-passer*), ou seja, não interferia na ordem econômica, ainda que lhe incumbisse a defesa da propriedade privada, inclusive pelo uso da força.

Ocorre que, a busca desenfreada pelo lucro fez com que os comerciantes (a burguesia) não cumprissem as regras ditadas pelo próprio mercado e eliminassem a livre concorrência e a livre-iniciativa, concentrando riquezas e aumentando a desigualdade social.





Como ensina José dos Santos Carvalho Filho, em seu *Manual de Direito Administrativo*, 28ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 944, a liberdade na ordem econômica conferida pelo Estado Liberal surtiu efeito contrário, acirrando as desigualdades sociais e aumentando a miséria e pobreza das classes menos favorecidas:

“A pretensa liberdade na ordem econômica conferida pelo Estado Liberal aos indivíduos surtiu efeito contrário, revelando-se uma forma de alargamento dos abismos entre as classes sociais, tornando o pobre cada vez mais pobre e o rico cada vez mais abastado. A liberdade para as classes desfavorecidas transformou-se em escravidão.”

Com isso, o liberalismo econômico passou a sofrer duros golpes como explica ainda José dos Santos Carvalho Filho, às fs. 944, apoiando-se na doutrina de Celso Riberio Bastos:

“De um lado, a eclosão de movimentos sociais denunciavam o inconformismo com a forma de direção do poder e, de outro, novos filósofos sociais procuravam incutir ideias antagônicas à excessiva liberdade, destacando-se entre eles, Karl Marx, propulsor da ideia do governo da sociedade e da eliminação de classes como fator de proteção do operariado”

M.L.Q. Soares, destaca no livro *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 81-83, que os trabalhadores - vítimas da miséria e da exclusão social - conscientizaram-se dessa condição e resolveram se manifestar. As tensões sociais se acirraram, o liberalismo tentou superar a crise por meio da incorporação de reivindicações do proletariado e alguns postulados socialistas e, também, pela recepção, na legislação, de alguns direitos econômicos e sociais; porém, essas ações não foram suficientes para estancar a crise do Estado Liberal que entrou em declínio.

De fato, havia naquele momento a necessidade de readequação estrutural do Estado antes as crises instauradas.

Assim, saindo da indiferença e passividade para um modelo interventivo, atuante e fiscalizador da economia, e influenciado pela doutrina socialista e pela planificação da economia, surge o Estado Social.

O modelo de Estado Social intervinha no domínio econômico, regulando os mercados, e garantindo melhores condições de vida aos financeiramente mais fracos. Ele limitava a atuação dos agentes econômicos, os induzia a escolher, de entre as diversas opções, as que eram mais benéficas para o crescimento eficiente da economia, e corrigia as relações injustas de mercado.

Surgiram as Constituições Sociais: a Mexicana (1917) e a Alemã (1919), incluindo em seus textos direitos sociais e buscando conciliar direitos da ordem social com direitos da ordem econômica. O Estado mostrava maior preocupação com a coletividade e com interesses transindividuais, limitando interesses pessoais de cunho individualista.



Passou-se a falar em “Estado do bem-estar social”, “Estado Providência”, “Welfare State”, em razão do maior enfoque dado aos direitos sociais, por meio de prestações positivas (previdência, habitação, saúde, educação, assistência social e saneamento) e à necessidade de mitigar os efeitos excludentes da economia capitalista, por meio da intervenção no domínio econômico e na propriedade privada, como ensina L.V. Figueiredo, em *Lições de Direito Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 46-47.

Com o tempo, críticas foram feitas ao Estado do bem-estar social, pelo fato de que o modelo era excessivamente interventivo e paternalista, acarretando alta tributação e gerando déficit nas contas públicas, pois o Estado assumia prestações acima de suas capacidades de arrecadação e não conseguia cumprir adequadamente com as responsabilidades que assumira.

Daí passou-se a repensar a intensidade da intervenção do Estado no domínio econômico, bem como as políticas públicas de inclusão e de repartição de renda. Nesse modelo, que não se apoia na planificação econômica socialista e nem retroage ao liberalismo puro, o Estado passou a atuar, ao mesmo tempo, como garantidor e regulador da economia e volta-se a se pautar nos princípios da livre-iniciativa e da liberdade de mercado, bem como pela desestatização das atividades econômicas e redução sistemática dos encargos sociais, destinados ao equilíbrio das contas públicas. Porém, não abandona o contexto social, atuando na promoção dos serviços públicos essenciais à coletividade. Com isso, o Poder Público passa a atuar apenas nas áreas em que a iniciativa privada, sozinha, não dá conta de atingir metas sociais de realização do interesse coletivo; e a iniciativa privada volta a explorar as atividades econômicas, dentro de regras estipuladas pelo poder Público, com o objetivo de conduzir o mercado à realização e consecução de metas socialmente desejáveis que devem garantir o desenvolvimento socioeconômico da Nação, como resume L.V. Figueiredo, em *Lições de Direito Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 48-49.

Esse modelo é chamado de neoliberalismo – uma versão mais aprimorada e atenuada do superado liberalismo econômico, que também entrou em crise, após o último colapso econômico americano (relativo à bolha inflacionária das hipotecas ocorrido em 2009), que muitos atribuem à falta de regulamentação estatal da economia norte-americana.

A crise americana evidenciou que, por mais que o Estado diminua, não pode e nem deve desaparecer, pois sua existência é essencial tanto para o atendimento das exigências sociais quanto para o bom funcionamento da economia. Com efeito, o Estado não pode ficar alheio às relações econômicas, devendo intervir seja para corrigir as deficiências do mercado seja para fiscalizar o exercício de certas atividades, como concluem Karin Jacob e Márcia Ribeiro no livro *A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 71-72.



A partir da evidência de que o Estado é necessário e que deve regular a economia, tem sido cogitada uma “terceira via,” que tenta resolver a tensão ideológica central dos últimos séculos: o conflito entre o liberalismo e o socialismo, propondo que o Estado continue envolvido no custeio e na regulação dos serviços e que continue garantindo os direitos sociais, mas que não necessariamente seja o prestador desses serviços. O Estado torna-se o facilitador, ou algumas vezes o parceiro da iniciativa privada.

M. Latham defende que a terceira via parta do pressuposto de que uma economia e uma sociedade fortes se revigoram mutuamente. Nas palavras do autor: “a terceira via adota princípios duradouros da esquerda – referentes à justiça e decência de nossa sociedade – e os aplica às circunstâncias de nosso tempo” (M. Latham, “A terceira via: um esboço”. In A. Giddens, org.. *O debate global sobre a terceira via*. Trad. por Roger Mioli dos Santos. São Paulo: UNESP, 2007, p. 51-52).

Na “terceira via” a competição econômica pode coexistir com a cooperação social. Todavia, pressupõe uma economia forte e uma sociedade forte em interdependência; direitos equilibrados por responsabilidades; um governo que recompense esforços e suspenda subsídios à inatividade; um setor público originário tanto da sociedade civil (3º Setor) como do governo central. Neste sentido, Latham adverte:

Uma sociedade forte só pode nascer do fortalecimento dos elos de confiança e mutualidade entre todos os seus cidadãos. Numa sociedade sólida, com densas redes de respeito e cooperação, as pessoas tendem a valorizar tanto o altruísmo como o interesse próprio. É por isso que a terceira via procura fortalecer a sociedade civil por intermédio de suas políticas de delegação. (M. Latham, “A terceira via: um esboço”, p. 54)

A “terceira via” como idealizada parece ser o caminho para uma democracia mais forte e rejuvenescida, fundada na cooperação.

## MERCADO / LIMITES

Um dos desafios da “expansão crescente dos mercados a domínios que, tradicionalmente não eram tocados pela mercantilização” é o de estabelecer os limites morais do mercado e de diferenciar os bens que podem dos que não podem ser comprados.

Mas como estabelecer esses limites diante do cenário das sociedades “hipercomplexas, radicalizadas e fragmentadas,” que teme o semelhante; que enxerga como inimigo, não como salvação, proteção, apoio; que não vê o próximo como um irmão?

Refundando os laços de cooperação humana, de solidariedade social e de fraternidade.



Não podemos continuar a nos olhar como estranhos. Aliás, sobre o fato de não nos reconhecermos mais no outro, lembro-me do Professor Calmon de Passos[i], que tinha uma alegoria muito interessante usada em sala para comparar o comportamento das gerações. Ele lembrava que, por volta da década de 40, o que mais tranquilizava as pessoas que andavam sozinhas pela rua, à noite, no Brasil, era encontrar um semelhante; faziam questão, inclusive, de andarem juntos, ombreados, ainda que fossem desconhecidos. Porém, 50 anos mais tarde, ele constatava que o que mais amedrontava as pessoas que caminhavam à noite, sozinhas, pelas ruas no Brasil, era, justamente, esse encontro.

Com efeito, esse comportamento humano é uma das consequências negativas do encolhimento do mundo comunitário, causada pelo alargamento voraz do mercado nas relações sociais. Estamos a liquefazer a fraternidade e desfazer os laços de solidariedade, que, até então, tinham permitido nossa permanência na Terra.

E como corrigir essa falha?

Também por meio da cooperação, que, como demonstra Rita Levi-Montalssini[iii], Prêmio Nobel de medicina em 1986, é uma verdadeira evolução darwiniana.

A citada neurocientista italiana ensina que nós não temos, como os insetos, todas as nossas ações determinadas em nosso genoma, enxergamos mais do que apenas o momento presente, temos a pretensão de ajustar o futuro às nossas expectativas, por isso criamos as regras para nossa convivência em cooperação.

A cooperação, por outro lado, não deixa de ser uma virtude cívica se olhada a partir da ótica da solidariedade social e da união de esforços em prol de conquistas comuns.

Segundo Yuval Noah Harari, foi por meio da cooperação que o *homo sapiens* conseguiu ultrapassar momentos críticos, e essa cooperação segundo esse autor só é possível a partir do pensamento comum (imaginação coletiva/ mito partilhado):

Toda cooperação humana em grande escala – seja um Estado moderno, uma igreja medieval, uma cidade antiga ou uma tribo arcaica – se baseia em mitos partilhados que só existem na imaginação coletiva das pessoas.

(...) Sistemas judiciais se baseiam em mitos jurídicos partilhados. Dois advogados que nunca se conheceram podem unir esforços para defender um completo estranho, porque acreditam na existência de leis, justiça e direitos humanos.

(...) Não há deuses no universo, nem nações, nem dinheiro, nem direitos humanos, nem leis, nem justiça fora da imaginação coletiva dos seres humanos. (Yuval Noah Harari. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 12. Ed. Trad. por Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2016. pp.35/36)



Assim, se mitigarão os efeitos nocivos da hipermercantilização da vida e se encontrarão limites morais para o mercado por meio da cooperação humana, e da compreensão de que a economia deve ser humanizada e não monetarizada. Neste sentido, a “terceira via” pode contribuir, pois propõe uma intervenção na economia mais equilibrada e adequada, que não seja nem máxima, nem mínima, mas, sim, que atenda às peculiaridades de cada Estado.

*Por fim, diante dos binômios Mercado/Socialidade, Mercado/Direito, Mercado/Estado, Mercado/Limites respondo objetivamente aos questionamentos do Professor Doutor João Loureiro da seguinte forma:*

**a)** Como juristas, precisamos de discutir os limites constitucionais aos mercados se essa discussão tem de ser democrática, o que implica ser alimentada nas virtudes cívicas. A Constituição, como repositório não só das aspirações sociais, mas, também, das esperanças da sociedade deve buscar caminhos para atender a esses anseios, sempre preservando a partilha de um mundo em comum.

**b)** A expansão da mercantilização da vida, de fato está assentada num paradigma antropológico inadequado (a pessoa não deve ser considerada pelo que tem, mas pelo que é; e também não pode o mercado se aproveitar de “oportunidades” a partir de escolhas “não livres” de pessoas vulneráveis – consenso viciado).

**c)** Mercado e socialidade não estão condenados a estar de costas voltadas. O mercado é, também, um viveiro de socialidade. A economia como ciência humana não pode ser compreendida de forma neutra, desligada de valores humanos, principalmente o de cooperação e da dignidade.

**d)** O Estado Social tem de ser pensado em termos de Estado Comunidade que deve atuar ao lado e em parceria com o 2º e do 3º Setor (mercado/ empresas privadas com finalidade lucrativa e sociedade civil organizada sem finalidade lucrativa). Afinal, quando Estado, mercado e 3º Setor se reúnem para somar suas habilidades e vocações, produzem os melhores resultados para a comunidade.

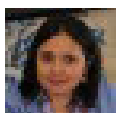
**e)** A hipermercantilização da vida, nos termos retratados por Michael Sandel, é um risco à democracia, pondo em causa a sustentabilidade e a ideia de comunidade, não só por causa da mercantilização, mas, também, pela quebra da solidariedade.

[1] José Joaquim Calmon de Passos foi um dos maiores juristas brasileiros, membro e líder do Ministério Público, advogado, professor, livre docente da Faculdade de Ciências Econômicas, catedrático de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, secretário de estado, procurador geral de justiça do Estado, presidente da Ordem dos Advogados da Bahia, Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Conselho de Desenvolvimento



Econômico e Social da Presidência da República. Autor de diversas obras, entre as quais: *Comentários ao Código de Processo Civil*; *A ação no direito processual civil brasileiro*; *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data*; *Direito, Poder, Justiça e Processo*.

[ii] Rita Levi-Montalcini (Turim, 22 de abril de 1909 — Roma, 30 de dezembro de 2012) foi uma médica neurologista italiana. Criou o Instituto Europeu de Investigação Cérebro e dirigiu o Instituto de Biologia Celular do Conselho Nacional de Pesquisa italiano. Foi agraciada com o Prêmio Nobel de Fisiologia ou Medicina de 1986 pela descoberta de uma substância do corpo que estimula e influencia o crescimento de células nervosas, possibilitando ampliar os conhecimentos sobre o mal de Alzheimer e a doença de Huntington. Ao completar 100 anos de idade, tornou-se a primeira vencedora do Prêmio Nobel a alcançar um século de vida e também a mais idosa senadora vitalícia em atividade na história da República Italiana. Escreveu o livro *Elogio da Imperfeição*, além de outras obras como: *Os Pioneiros: Mulheres que mudaram a sociedade e a ciência desde a antiguidade até os dias atuais*; e *Tempo de mudanças*. Rita Levi-Montalcini é uma figura que combina ciência e ativismo humanista.



Michael Sandel II

por [Suzana Tavares da Silva](#) - Monday, 17 October 2016, 20:48

### O que o mercado deve reclamar: os limites morais do Estado...

Tendo sido já discutido e contraditado o conteúdo do livro de Michael Sandel sobre os *limites morais do mercado*, venho agora lançar-vos o repto de encontrarem regimes legais, decisões jurisprudenciais ou textos académicos com referências a casos concretos ou a regimes jurídico-normativos reveladores do que podem e devem ser os *limites morais da regulação pública*, ou seja, onde as soluções de mercado se revelam “mais justas” do que a intervenção pública.

Deixo-vos alguns exemplos para reflexão inicial, aos quais deveis juntar os solicitados casos concretos e respectivos comentários críticos:

- *Oferta de manuais escolares a todos os alunos independentemente da condição económica do agregado familiar*;



- *Fat tax, i. e.*, tributação de produtos nocivos para a saúde, designadamente com elevado teor de açúcar, gordura e/ou sal;
- *Não plafonamento de pensões*, ou seja, não fixação de um montante máximo de pensões a ser pago pelo sistema estatal, com a consequente redução do “espaço” dos regimes complementares;
- *Contingentação de actividades económicas*, limites máximos de números de operadores em actividades económicas (táxis, farmácias).



Re: Michael Sandel II

por [Marcelo Rodrigues de Siqueira](#) - Tuesday, 18 October 2016, 19:34

A exemplo de muitos países ao redor do mundo, o Brasil tem presenciado um intenso debate social em torno da legalidade do aplicativo de transportes de passageiros denominado UBER.

De um lado vemos os protestos dos profissionais taxistas, às vezes acompanhados de atos violentos e depredações, e, de outro, uma sociedade carente por transporte público de qualidade a preço justo.

Apesar do evidente interesse público, podemos afirmar que o Brasil ainda não dispõe de um regramento jurídico satisfatório a respeito deste tema. Assim, o Poder Judiciário tem sido provocado, cada vez mais, a solucionar o conflito de interesses entre os que são contra o aplicativo (sobretudo sindicatos e taxistas) e os favoráveis à sua utilização (usuários e motoristas).

No caso específico do Brasil, a polêmica jurídica precede a própria legislação, pois como a República é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, discute-se qual o ente federativo com competência para editar normas disciplinadoras do transporte público. O artigo 22, inciso XI da Constituição Federal diz que compete à União legislar sobre transporte e trânsito enquanto que o art. 30, inciso I, do mesmo diploma legal, prescreve que cabe aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local.

Embora importante, não pretendemos alongar o debate acerca da competência legislativa.

Atento aos temas propostos para discussão, vamos nos concentrar nas decisões judiciais a respeito da legalidade ou não do aplicativo de transportes



de passageiros UBER no Brasil. A dúvida neste caso consiste em saber se a atividade econômica em apreço pode ser exercida livremente, em regime de mercado, ou se, pela natureza dos serviços, a prestação restringe-se aos premissários públicos.

É oportuno destacar que a controvérsia jurídica é relativamente nova no país; talvez, por isso, não foram encontradas decisões das Cortes Especiais Brasileiras, nomeadamente do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, nota-se que o tema em questão está sendo amplamente tratado nos Tribunais de Justiça em vários Estados, conforme será visto a partir de agora.

Em Minas Gerais, o Incidente de Assunção de Competência nº 1.0000.16.025020-5/002 merece destaque porquanto reconhece a enorme repercussão social advinda da “regulação pública” dos serviços de transporte prestados através do aplicativo digital.

EMENTA: INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA - SERVIÇO DE TRANSPORTE PRIVADO - APLICATIVO UBER - FISCALIZAÇÃO E CONTROLE PELO PODER PÚBLICO MUNICIPAL - OBSTRUÇÃO LIMINAR - NOTÓRIA REPERCUSSÃO SOCIAL - RELEVÂNCIA DA QUESTÃO DE DIREITO - AUSÊNCIA DE MULTIPLICIDADE DE RECURSOS - ACOLHIMENTO - O novel Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) instituiu o Incidente de Assunção de Competência como mecanismo apto a permitir que o Tribunal resolva, por meio de colegiado mais amplo, questão de direito relevante, com grande repercussão social e que não seja objeto de repetição em múltiplos processos. - É notória a repercussão social da questão relativa à regulação pelo Poder Público dos serviços prestados pelo aplicativo digital “Uber”, haja vista a visibilidade atribuída à “questão” pelos veículos de comunicação, seja em virtude da crescente adesão da população ao serviço, seja em razão dos graves episódios de confronto entre taxistas credenciados e os motoristas que atendem por mediação da ferramenta digital. - É relevante a questão de direito atinente à legitimidade do Município de Belo Horizonte para regular o transporte privado de passageiros, mormente em face da publicação da Lei Municipal n. 10.900, de 08 de janeiro de 2016, que estabelece as diretrizes para o credenciamento de motoristas e estabelece penalidades. - Também é relevante o debate jurídico versando sobre a viabilidade da concessão de decisões liminares que obstem o exercício da fiscalização preconizada referida lei, regulamentada pela Portaria n. 054, de 31 de março de 2016, da BHTRANS. - A matéria relativa ao controle exercido pelo Município de Belo Horizonte sobre o serviço prestado por profissionais cadastrados no aplicativo “Uber” não se encontra replicada em múltiplos recursos, mormente em face do pequeno lapso temporal transcorrido desde a publicação da Lei Municipal. (TJMG - IAC - Cv 1.0000.16.025020-5/002, Relator(a): Des.(a) Corrêa Junior, 1ª Seção Cível, julgamento em 26/08/0016, publicação da súmula em 21/09/2016)





No Estado de São Paulo, o Sindicato dos Motoristas e Trabalhadores nas Empresas de Táxi no Estado de São Paulo ajuizou a ação nº 1040391-49.2015.8.26.0100 contra o UBER do Brasil Tecnologia LTDA, no intuito de bloquear o funcionamento do aplicativo, sob a justificativa de que este

“promove a prestação de serviço privativo de profissional taxista, não estando os veículos respectivos autorizados a atuar, não seguindo as normas de identificação e vistoria, bem como não se sujeitando ao controle administrativo inclusive em relação aos preços praticados”

Em caráter liminar, o Juiz do caso determinou a indisponibilidade do aplicativo em todo o território nacional, uma vez que, segundo ele, de acordo com a legislação brasileira, os serviços de transportes de passageiros estariam sendo prestados de forma clandestina. (<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/4/art20150429-06.pdf>)

Emsentidooposto, no Agravo de Instrumento nº 2014831-63.2016.8.26.0000, interposto com o objetivo de impedir que as autoridades públicas paulistas se abstenham de praticar quaisquer atos ou medidas restritivas que impossibilitem o livre exercício da atividade dos motoristas e usuários do aplicativo Uber, o Desembargador Relator decidiu em sede liminar:

“Ressalto como premissa, que a fiscalização das Prefeituras sobre a frota circulante e os transportes públicos em particular, neles incluído o serviço (autorizado ou dito clandestino) de táxis, é necessária e está constitucionalmente legitimada em proveito da segurança comum, cidadãos e usuários desses veículos; deve existir e está autorizada, seria um contrassenso coibi-la. Mas essa vigilância deve restringir - se à análise das condições de conservação e de segurança do veículo, sua regularidade documental, aplicação das leis de trânsito, coibição de embriaguez ao volante etc. A Administração não pode apreender veículos, como diariamente noticiado, apenas por que tais motoristas não são considerados “oficialmente” taxistas num campo, ao que parece, ainda não convenientemente regulamentado da atividade econômica eletrônica.” (TJSP. 5ª Câmara de Direito Público do TJSP. Agravo de Instrumento nº 2014831 - 63.2016.8.26.0000 , Des. Rel. Fermino Magnani Filho, decisão proferida em 02 /02/2016.)

No Distrito Federal (DF), a 4ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios entendeu pela legalidade do UBER, assinalando, inclusive, que o serviço prestado pelo aplicativo “está atendendo ao interesse público de melhoria na mobilidade urbana, diante da deficiente frota de táxi do DF”

AGRAVO DE INSTRUMENTO - SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS - UBER - REGULARIDADE DO SERVIÇO PRESTADO - FALTA DE VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES DO AGRAVANTE - RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO NÃO CONFIGURADOS.

1. O serviço prestado pelo Uber configura-se como transporte de passageiros individual privado, não se confundindo com o serviço prestado pelos taxistas que se configura como um transporte de passageiros individual público, nos termos da Lei n. 12.468/2011.



2. Não há verossimilhança nas alegações do agravante que pretende a suspensão do aplicativo Uber, tendo em vista a diferença da natureza dos serviços prestados.

3. A manutenção do serviço prestado pelo Uber não gera risco de dano irreparável ou de difícil reparação aos taxistas, tendo em vista a grande demanda de serviço de transporte individual não atendida diante da defasagem da frota de táxis.

4. Negou-se provimento ao agravo de instrumento.

(Acórdão n.898320, 20150020202844AGI, Relator: Sérgio Rocha 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/09/2015, Publicado no DJE: 14/10/2015. Pág.: 161)

Vale ressaltar que a Uber também é alvo de ação movida pelos sindicatos de táxi na esfera administrativa, no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), onde é acusado de “práticas anticoncorrenciais”.

Nesse breve contexto são identificáveis vários elementos que revelam os pontos de atrito entre os limites do mercado e do setor público na área de transporte terrestre.

No presente caso, os principais personagens são: usuários de transportes públicos, reivindicando serviços de qualidade a preços justos; os motoristas do aplicativo UBER, em busca de uma atividade remunerada (sobretudo em tempos de crise econômica); os taxistas profissionais, lutando pela manutenção de seus empregos; bem como o Poder Judiciário, tentando solucionar os conflitos existentes.

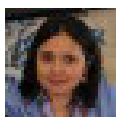
Não podemos nos esquecer, ainda, do importante papel a ser desempenhado pelo Poder Legislativo, pois é de sua competência editar as normas para regulamentar as relações havidas entre todos os atores mencionados.

A conciliação dos interesses envolvidos na questão não tem se mostrado uma tarefa fácil na prática. Apesar dos inúmeros debates, em geral, constatamos uma indefinição política acerca da legalidade dos aplicativos de transporte e, proporcionalmente, o aumento das discussões judiciais.

Os cidadãos têm direito a transporte adequado e, nesse sentido, as novas tecnologias podem e devem ser empregadas para melhoria da qualidade e eficiência na prestação desses serviços. A utilização de tecnologias não exime, todavia, a responsabilidade do Estado em assegurar as condições mínimas de segurança, sobretudo, na área dos transportes.

Assim, acredito que compete ao Estado estabelecer as condições mínimas, bem como fiscalizar a realização do transporte de passageiros, franqueando a todos os interessados, cuja capacidade técnica seja comprovada, a faculdade de exercer tal atividade.





Re: Michael Sandel II

por [Suzana Tavares da Silva](#) - Wednesday, 19 October 2016, 20:53

Em relação ao contributo já avançado pelo Dr. Marcelo Siqueira em resposta ao exercício que V. propus, gostaria de sublinhar alguns pontos.

A provocação lançada é no sentido de saber se alguns serviços ou bens não são/seriam “distribuídos” de forma mais justa pelo mercado do que pelo Estado. Em outras palavras, tentar encontrar exemplos onde a intervenção do Estado nos sectores económicos não está fundamentada na prossecução do interesse público – aumento do bem-estar, eficiência na prestação do serviço, optimização de recursos, combate às desigualdades sociais ou à falta de coesão territorial – mas antes em pressupostos ideológicos, satisfação de interesses corporativos, ou outras distorções, cujo resultado se revela afinal pernicioso.

Neste contexto, os exemplos que avancei são provocações actuais (e são mesmo provocações) nesse sentido, a saber:

i) A distribuição gratuita de manuais escolares a todos os alunos, independentemente da condição económica dos pais, é considerada uma medida eficiente ou ineficiente? O Estado está ou não a gastar recursos com quem não precisa, por razões puramente ideológicas? Segundo, o modo como esses livros são adquiridos (directamente pelo Estado à editora ou mediante cheque-livro através de livrarias) pode ou não perturbar o mercado da distribuição do livro? Terceiro, ao estar incluído no programa do livro escolar, que é objecto de recolha no fim do ano e redistribuição no ano seguinte, promove a desigualdade social (as pessoas com menos recursos não podem riscar os livros pois têm que os devolver e aqueles que dispõem de mais recursos continuam a comprar os livros e dão-lhes o uso que querem com total liberdade, devolvendo o que lhes foi distribuído pelo Estado)? Ou promove valores ambientais (menos gasto de papel anualmente) e de sustentabilidade? A questão está a ser discutida em Portugal neste momento... [ver notícia 1](#) e [notícia 2](#)

ii) A *fat tax* tem sido muito discutida em diversos países ([ver artigo](#)) e são várias as interrogações: pretende promover hábitos alimentares saudáveis? Ou pretende obter receita para financiar o orçamento da saúde? Pode cumprir as duas finalidades? Não será um daqueles casos em que o Estado assume uma função paternalista (a questão foi também discutida nos EUA, quando se introduziu um elemento de escolha saudável de alimentos no programa [Supplemental](#)



Nutrition Assistance Program)? Ou é o Estado a aproveitar-se de mais um “pecado” (como o consumo de tabaco e de álcool) para obter receita?

*iii) O não plafonamento de pensões significa, grosso modo, que se pretende desenvolver um sistema de pensões de reforma (previdência) maioritariamente assente no modelo público de gestão sob financiamento contributivo, baseado num regime de *pay-as-you-go*, em que os contribuintes de hoje (e as suas entidades empregadoras, no caso dos trabalhadores dependentes) suportam as pensões de reforma dos trabalhadores de ontem, em função dos rendimentos que auferem. Todavia, a sustentabilidade do sistema, ameaçada pelo envelhecimento da população e o aumento da sobrevida, vai determinando que maiores contribuições hoje darão inevitavelmente lugar a menores reformas amanhã, com custos significativos em matéria de justiça inter- e intrageracional. E embora o modelo admita a conciliação deste sistema público com subsistemas privados e complementares, a verdade é que o aumento das contribuições sobre os que auferem rendimentos hoje, para pagar as reformas daqueles que, inclusive, contribuíram menos, e auferem pensões calculadas segundo regras mais generosas (o último salário, os melhores cinco anos de salário, etc..), não lhes deixa uma efectiva margem de rendimento para aplicar nos referidos sistemas complementares. Daí a questão... não está o Estado, com este sistema, a asfixiar o mercado e o terceiro sector na criação de soluções que permitam aos reformados de amanhã fazer opções quanto aos seus rendimentos a receber na velhice? Se houvesse um plafonamento (valor máximo de contribuição e valor máximo de pensão paga pelo sistema público) não seria possível ao mercado desenvolver soluções financeiramente mais aliciantes para as reformas?*

*iv) A contingentação de actividades económicas (táxis e farmácias) significa que o Estado limita, embora de formas diversas (nos táxis o número máximo de licenças para o exercício da actividade é fixado anualmente por município e nas farmácias existem regras para a instalação de novas farmácias, fazendo depender a respectiva instalação do número de habitantes na área, do número de farmácias já existentes, da distância entre elas e entre os estabelecimentos de saúde, etc.), o número de operadores privados nestas actividades, impedindo que outros possam entrar no mercado, a não ser que adquiram aos operadores já instalados no mercado um dos direitos a exercer a actividade económica.*

A “questão UBER”, trazida pelo comentário do Dr. Marcelo Siqueira, não reside tanto no problema da *contingentação* ou não das actividades económicas e sim na falta de regulamentação de uma actividade privada. O que se discutiu na jurisprudência trazida a este Fórum foi a necessidade de disciplinar legal e regulamentarmente os serviços de transporte de passageiros em viaturas de aluguer (necessidade de um seguro de passageiros, necessidade de registo dos operadores, necessidade de formação dos motoristas, etc.). E sobre este ponto



– necessidade de estabelecer regras para o exercício da actividade – não há divergências de opinião. A questão passa por saber, em contrapartida, se não deveria o Estado eliminar a *contingentação dos táxis*, ou seja, estipular regras gerais e iguais para todos e deixar o mercado funcionar. O TJUE, recentemente, “acomodou” esta diferença de tratamento nos quadros das liberdades económicas do direito europeu ao considerar que o facto de “os táxis de Londres serem autorizados a circular nos corredores reservados aos autocarros nas vias públicas durante o horário em que vigoram as restrições de circulação nesses corredores, ao mesmo tempo que as viaturas de aluguer com condutor são proibidas de circular nesses corredores,” não constituía um auxílio de Estado proibido (processo C-518/13). Mas entre nós a Autoridade da Concorrência tem uma posição diferente quanto à bondade da contingentação dos táxis.

Em suma, o meu esclarecimento visa *orientar* a V. pesquisa e a V. reflexão. As referências que o Dr. Marcelo Siqueira nos deixou, são interessantes e têm-se reflectido por todo o mundo em reacção ao vazio legal que existia em matéria de plataformas de serviços, mas não correspondem exactamente ao que V. peço.

Mais, não V. peço que comentem as minhas provocações (elas são apenas exemplos com os quais se concorda ou não e, como viram, as opiniões divergem)... *mas sim que encontrem outros exemplos que confirmem ou infirmem a provocação mor... onde é que há Estado a mais e mercado a menos?*



Re: Michael Sandel II

por [Karine Finn Ugeda Sanches](#) - Thursday, 20 October 2016, 23:37

O que o mercado deve reclamar: os limites morais do Estado.

É interessantíssimo o ponto colocado pela Profa. Dra. Suzana Tavares da Silva acerca das possíveis soluções de mercado “mais justas” do que a intervenção pública, pois alguns serviços públicos essenciais, como no caso dos relacionados ao direito de ir e vir dos cidadãos podem sofrer intervenções estatais contrárias ao princípio da isonomia e, em decorrência, proporcionar injustiças.

Explica-se. Não há como deixar de reconhecer igualdade entre os seres humanos, traduzida pela identidade de essência dos membros de uma mesma espécie, aptos a existir a partir de um mesmo sistema de características inteligíveis. Por outro lado, há também que reconhecer suas múltiplas desigualdades fenomênicas (naturais, físicas, morais, políticas, sociais, entre outras), fonte da riqueza humana plural de uma sociedade.



As Constituições conferem à igualdade apenas conteúdo jurídico-formal, uma igualdade perante à lei. Essa ideia de tratamento igualitário a todos os cidadãos, no entanto, deve estar consubstanciada nas exigências de justiça social que fundamentam as ordens econômica e social. E, mais além, deve orientar o intérprete da norma na conciliação com outras normas constitucionais.

A igualdade na Lei, por operar numa fase de generalidade puramente abstrata, não desperta fatores de discriminação ou de tratamento seletivo que rompem com a ordem isonômica. Pelo contrário, propicia igualdade aos cidadãos que são iguais sob aspectos que foram tomados em consideração na elaboração da própria norma. Isto significa que iguais podem diferir totalmente sobre outros aspectos ignorados pela mesma norma.

Tanto a Constituição Federal Brasileira, de 1988, quanto a Constituição Portuguesa, de 1976, expressam o princípio da igualdade ou isonomia como máximas valorativas que orientam, estabelecendo com ela uma relação íntima, a justiça social.

A exemplo, trata o artigo 104.º da Constituição portuguesa da tributação do patrimônio como motriz de transformação social, fazendo verdadeira justiça social ao buscar diminuir as desigualdades entre os cidadãos.

Sob essa argumentação introdutória, da mesma forma, o acesso dos cidadãos aos serviços públicos ofertados pelo Estado deve ser igualitário. As Constituições em geral estabelecem que os serviços públicos essenciais devem funcionar eficientemente para que os cidadãos atinjam níveis satisfatórios de dignidade e qualidade de vida.

Recentemente, observam-se inúmeras reformas com o objetivo de substituir o Estado empresário, provedor direto desses serviços, por outro que se preocupe mais em regular setores privados. É fato que a regulação econômica tem se demonstrado eficaz instrumento de limitação da liberdade do mercado, garantindo ainda uma influência do Estado na prestação dos serviços públicos.

Veja-se o exemplo do setor de infraestrutura de transportes, que está entre os mais intensamente regulados no tocante a estrutura e condutas empresariais, incluindo a definição pelo poder público das condições técnicas e tarifárias. É um setor de alta complexidade, com características de monopólio natural<sup>1</sup>, cujas interconexões entre as redes intermodais demandam adequado aproveitamento para atendimento dos “usuários” – expressão que justificaremos mais adiante.

No caso das rodovias, o advento da Constituição brasileira de 1988 diminuiu sensivelmente as fontes das receitas da União para a expansão da malha rodoviária, levando a uma gravíssima deterioração das suas condições. Isto, porque os estados e municípios passaram a arrecadar impostos setoriais, mas a gestão continuou sob responsabilidade do governo federal.



A solução foi transferir as rodovias à iniciativa privada, por meio de concessões, e para os estados, por meio de convênios, estabelecendo-se a dinâmica de cobrança de pedágio. Para tanto, foi criada a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, por meio da Lei Federal n. 10.233/2001.

De fato, as privatizações rodoviárias promoveram acelerados desenvolvimentos regionais, como é possível se verificar sob o aspecto da agroindústria paulista<sup>2</sup>. Mas, a população ficou dividida sobre a “justeza” aplicada ao pagamento ou não da tarifa de pedágio.

Aqui, entendemos ser altamente relevante nessa contextualização a diferenciação entre tributo (imposto, taxa e contribuição de melhoria) e tarifa de serviço público (preço), pois que diretamente ligada às noções de igualdade e justiça social que inicialmente tratamos.

A figura do pedágio ou preço público tem aspecto contratual, ou seja, não tem a característica da compulsoriedade, inerente às taxas que possuem natureza tributária. Sobre o tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece a distinção entre taxa e preço público (Súmula 545), senão vejamos:

“Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”

Portanto, ao contrário do que ocorre com a taxa, ou os tributos em geral, o particular paga pela tarifa, que é preço público, quando se utiliza deliberadamente da atividade estatal. Frisa-se “deliberadamente”, pelo fato de que o usuário somente pagará o preço pela disponibilidade daquela infraestrutura rodoviária “quando” e “se” utilizá-la. Não há aqui a característica da compulsoriedade.

Ademais, o exercício da prestação de um serviço adequado ao usuário, e não ao consumidor – cuja relação contratual é direta com outro particular -, ocorre por força de um contrato de concessão, restando sujeita a concessionária às penalidades contratuais e legais no caso de inadimplemento, permanecendo ainda o Poder Concedente na titularidade do serviço público de rodovia.

Percebe-se que não basta um contrato entre a concessionária e o particular, usuário da rodovia, para garantir a prestação de um serviço adequado. Este só pode ser garantido pelo próprio Poder Público, que permanece na responsabilidade de fiscalizar, regular e controlar as concessionárias de serviço público.

Pois bem, entendido até aqui que o pedágio não é um tributo, e sim o preço público pago pelo usuário do serviço público pela disponibilidade e manutenção da infraestrutura rodoviária da qual se utiliza deliberadamente, há que se dizer que certas interferências jurídico-econômicas que eventualmente venham a provocar desequilíbrios financeiros no contrato de concessão podem, sem dúvida, produzir efeitos anti-isonômicos entre usuários.



Esta situação é um bom exemplo para o ponto de discussão colocado pela Profa. Suzana. Muito recentemente, o Poder Legislativo brasileiro vem se imiscuindo nas questões regulatórias do setor de rodovias, causando fortes questionamentos sobre a sustentação do modelo de concessão rodoviária e colocando em cheque o corolário das privatizações.

Influenciados pela alta disponibilidade do Estado brasileiro para com o assistencialismo social das últimas décadas, os congressistas vêm elaborando projetos de lei que afetam drasticamente o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão rodoviária.

São inúmeros exemplos sob o fundamento de se fazer justiça social quando, por equívocos técnicos e econômicos, acarretam desigualdade no tratamento entre os usuários. Por desconhecer os mecanismos de regulação do mercado, os congressistas têm cedido às pressões de grupos de indivíduos, desvirtuando as premissas de isonomia aplicadas ao caso concreto das rodovias.

O Projeto de Lei n. 5.175/2013, que altera a Lei n. 10.741/2003, cria uma isenção para o pagamento de pedágio a pessoas idosas. Embora pessoas idosas devam ser destinatárias de benesses estatais quando sua condição de idade for um empecilho na eficiente distribuição de justiça social, entendemos que tal não procede no caso de pagamento de pedágio.

Em síntese, assumindo que o pedágio é a remuneração pela disponibilidade e manutenção da infraestrutura rodoviária, a condição de idoso não pode ser motivo para a isenção de pedágio pelo simples fato de que as condições viárias não são afetadas pela qualidade pessoal dos condutores, e sim pelas características das diversas categorias de veículo e sua ação sobre o pavimento.

Esta é uma distorção técnico-jurídica, uma vez que as tarifas de pedágio incidem sobre “as diversas categorias de veículos e espécies de semoventes”, como já preceituava o Decreto-Lei n. 791/1969, e não sobre pessoas.

Quando os congressistas aceitam a premissa de que é possível isentar pessoas do pagamento de tarifa de pedágio, eles colocam o modelo regulatório do setor rodoviário em colapso, pois uma significativa parcela do tráfego total de cada praça deixaria de pagar a tarifa de pedágio à respectiva concessionária.

Sob a análise dos pontos levantados anteriormente, percebe-se que o Projeto de Lei n. 5.175/2013 não trata de forma isonômica os usuários do serviço público de rodovias, pois diferencia os condutores entre suas qualidades físicas, e não com relação à capacidade de impactar o pavimento, considerando veículos da mesma categoria.

Por outro lado, os custos suportados pelas concessionárias de rodovias, devido às perdas de receita ocasionadas pela isenção de pedágio, serão





invariavelmente repassados a todos os outros veículos, inclusive sobre o transporte público, que é amplamente utilizado por pessoas idosas, principalmente por aquelas que estão impossibilitadas de conduzir veículos.

É importante ressaltar que muitos idosos seriam prejudicados pelo Projeto de Lei n. 5.175/2013, como os que não possuem veículo, já que os mesmos que usam transporte rodoviário público seriam onerados pelo aumento dos pedágios, pois tal aumento iria refletir diretamente no preço das passagens do transporte público.

Esta reflexão foi feita por alguns congressistas contrários ao projeto de lei em comento. Em matéria similar, foi publicado relatório na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados para o Projeto de Lei n. 7.369/2014, que altera o art. 2º da Lei n. 7.853/1989, e assim dizia:

“.. o próprio idoso ou portador de deficiência física que, por não ser detentor de veículo automotor, se utiliza, por exemplo, de um serviço particular de transporte rodoviário intermunicipal ou interestadual para fins de locomoção pelo território nacional. Este idoso ou deficiente físico arcará com a exacerbação do custo para a prestação do serviço, que, conforme já mencionado, por força da necessidade de reequilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão, será repassado a todas as demais pessoas, físicas ou jurídicas, que transitam pelas rodovias federais do país, dentre elas as empresas de transporte rodoviário intermunicipal e interestadual, que repassarão, por conseguinte, o aumento dos custos de produção para o consumidor final dos serviços, que são os cidadãos (idosos ou deficientes físicos) que dependem efetivamente do serviço.”

No mesmo sentido, o Projeto de Lei n. 7.369/2014, institui a isenção de pagamento de pedágio nos casos de veículos conduzidos por pessoas com deficiência.

Trazemos mais um exemplo. O Projeto de Lei n. 1.023/2011 visa igualmente a conceder isenção do pagamento de pedágio. Entretanto, nesse caso a gratuidade não diz respeito à condição física do beneficiado, e sim àqueles que comprovem residência permanente ou exercício de atividade profissional no município em que se localiza a praça de pedágio.

Alega-se no projeto de lei um “ônus desproporcional” que pesa sobre a população dos municípios onde se instalam as praças de cobrança de pedágio, uma vez que essa população seria penalizada economicamente em seus deslocamentos diários, para trabalhar, estudar ou fazer compras, realizados muitas vezes no âmbito do território do próprio município.

Não seria exagero afirmar que tal projeto de lei beira a irracionalidade. Considerando que as pessoas não residem (fisicamente) nem na União, nem nos estados, e sim nos municípios – estes contíguos entre si -, é óbvio que as praças de pedágio serão, necessariamente, distribuídas entre os mais de 5.570 municípios.



Ao se tentar reduzir o custo das viagens para usuários locais das rodovias com pedágio, o projeto de lei contraria o princípio de equidade tarifária, que pressupõe que usuários iguais devem pagar o mesmo valor pela mesma quantidade de serviço consumido.

O governo pode afetar de diferentes formas a rentabilidade de um contrato de concessão, como o exemplo da criação de isenções, mas deve também ser responsável pelos riscos decorrentes daquilo que ele controla ou influencia fortemente.

As concessionárias têm condições de absorver os resultados decorrentes de ações governamentais, como variações na taxa de câmbio, juros, taxa de crescimento do PIB, entre outras variáveis, desde que flutuem dentro de limites razoáveis. Afinal, a concessionária é capaz, dentro desses limites, de realocar insumos, alterar (ainda que marginalmente) o fluxo de caixa ou negociar preços.

Entretanto, quando excedido aquilo que seria considerado razoável, a volatilidade excessiva passa a se equivaler aos eventos fortuitos e o correto é repassar eventuais aumentos (ou reduções) de custos decorrentes de atos do governo para o usuário ou para o próprio governo, que foi o agente que lhes deu causa.

Por isso, há que se ter muita cautela ao presumir que alguns serviços ou bens seriam distribuídos de forma mais justa pelo Estado do que pelo mercado. A intervenção estatal em setores econômicos nem sempre está fundamentada no interesse público. Pode sim incorporar distorções derivadas de pressupostos ideológicos ou de satisfação de interesses de grupos de pressão popular.

Concluimos nossa contribuição com o ensinamento do ilustre constitucionalista Prof. Dr. José Joaquim Gomes Canotilho, afirmando que essas distorções podem significar arbitrariedade por parte do Estado, ao conduzir a situações de desigualdade aqueles indivíduos que deveriam ser tratados como iguais:

“Uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduz-se à proibição geral do arbítrio: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um critério material objetivo. Este costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.”<sup>3</sup>



<sup>1</sup> Consoante aponta Armando Castellar PINHEIRO, em *Direito, Economia e Mercados* (Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 320),

“a existência de monopólios naturais na provisão de serviços de infraestrutura de transportes pode ser constatada examinando a sua tecnologia de produção e verificando que, em geral, o custo médio diminui com a capacidade das instalações no intervalo de produção relevante, dadas as dimensões do mercado. Isso, porque há vários elementos importantes na composição do custo total que apresentam indivisibilidades e/ou cuja escala mínima eficiente é elevada, como a desapropriação de terrenos (direito de uso para passagem da via ou instalação de estações), as vias e estações e certas instalações e equipamentos como pedágios, locomotivas, passarelas de aeroportos, guindastes, portos, etc. Há também economias de escopo, refletidas na presença de custos comuns relevantes, em vias, estações, equipamentos e instalações. Vários desses ativos podem servir, com pequenas adaptações, tanto para o transporte de passageiros como o de cargas, nos dois casos em distâncias e tipos diferentes, muitas vezes, inclusive, em operações conjuntas”

<sup>2</sup> Com 319,8 quilômetros de extensão, o Sistema Anhanguera-Bandeirantes faz conexão entre importantes municípios do Estado de São Paulo e desempenha um papel fundamental no transporte de pessoas e produtos agrícolas e industriais entre as regiões metropolitanas de São Paulo e Campinas, dois dos polos econômicos mais ricos e ativos do País. Além disso, o Sistema é uma importante via de acesso a diversas estâncias turísticas do interior paulista. Hoje, conta com um tráfego médio diário de 880 mil veículos.

<sup>3</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina: 2003, p. 577.



Re: Michael Sandel II

por [Luis Eduardo Barbieri](#) - Friday, 21 October 2016, 14:54

### **A influência da globalização na conformação da economia de mercado**

Em relação à provocação lançada pela Professora Suzana Tavares da Silva, no sentido de identificarmos exemplos relacionados a serviços ou bens “distribuídos” de forma mais justa pelo mercado do que pelo Estado, pretende-se abordar alguns pontos relacionados à influência da globalização na conformação da economia de mercado.



A partir dos anos 90 ocorreu um fenômeno mundial que se convencionou denominar “globalização”, em decorrência de diversos fatores, entre os quais podemos citar: maior integração econômica, política, social e cultural entre os países; avanço nas trocas internacionais de bens entre os agentes econômicos dos países[1], notadamente com os denominados “Tigres Asiáticos” (a China como a “grande fabricona” do mundo!); facilitação nas formas e meios de comunicações entre agentes econômicos dos países (*internet*), melhoria e maior disponibilização dos meios de transporte.

A lógica da globalização reside, em apertadíssima síntese, no *princípio da vantagem comparativa* (David Ricardo), segundo o qual os países são beneficiados sempre que cada um deles se dedica a produzir aquilo pelo qual está mais bem preparado para fazê-lo (em decorrência de fatores naturais, culturais, geográficos, etc...). Os países serão, em tese, mais favorecidos se produzirem e exportarem aquilo que produzem melhor. De outro lado, devem importar os bens que os outros países produzirem relativamente melhor (mais eficientemente, a um custo menor). Por exemplo, o Brasil tem grandes reservas de minério de ferro, por isso, produz de forma mais barata esses produtos, que podem ser exportados aos demais países (China, por exemplo). Por outro lado, a China consegue produzir produtos industrializados a menores custos (mão de obra barata, baixa carga tributária, desvalorização de sua moeda, *dumping* social, etc...). Desse modo, o Brasil se especializou em produzir minério de ferro; a China, por sua vez, importa essa matéria-prima e produz mais eficientemente os manufaturados e os exporta ao Brasil e demais países, a preços menores.

Há aqueles que criticam os efeitos da globalização alegando que a expansão do comércio internacional pode afetar empregos e culturas dos países; entretanto, é inegável que se trata de um excepcional instrumento que pode contribuir com a melhoria da qualidade de vida dos povos no mundo. O incremento das transações comerciais internacionais propicia um maior volume de consumidores para os produtos das empresas (o mercado é global!), ampliam e aperfeiçoam a concorrência e tornam alguns países e empresas mais especializados em determinados produtos, fatores que implicam na redução dos preços aos consumidores finais.

Pois bem. Até aqui, em termos da economia de mercado, tudo perfeito!

Contudo, em um primeiro momento, no comércio internacional poderá haver perdedores: por exemplo, os produtores de manufaturados no Brasil, que não conseguirem concorrer com os produtos similares elaborados pelos chineses. Esses agentes econômicos brasileiros ou buscam melhorar sua eficiência, de modo a produzir as manufaturas com preços competitivos com aqueles chineses, ou acabam por serem eliminados pela concorrência externa, gerando altos níveis de desemprego no setor.



Conforme destaca Sanjeev Sanyal[2], historicamente, os diversos períodos de intensa globalização e desenvolvimento do comércio entre os países/regiões foram acompanhados por desequilíbrios simbióticos, ou seja, causaram distorções econômicas entre eles. O autor cita, a título de exemplo, o comércio entre a Índia e Roma, no primeiro e segundo século depois de Cristo, quando a Índia tinha superávit em conta corrente em relação a Roma, época em que os romanos reclamavam que perdiam ouro em decorrência desses desequilíbrios. Contudo, o sistema sobreviveu e perdurou, buscando o seu reequilíbrio.

A globalização trouxe a sofisticação das operações comerciais, com a criação das *trading companies*, organizações transnacionais complexas, planejamentos tributários sofisticados (e, alguns, abusivos!) e, também, como subproduto, em certa medida, a proliferação de ilícitos aduaneiros cometidos por empresas de “fachada” / “fantasmas” (no Brasil, esses casos são tratados como interposição fraudulenta de pessoas em operações de comércio exterior). Como retratou Moisés Naím[3], em seu livro *Ilícito*, diversos crimes podem ser práticos na esteira do comércio internacional, dos quais cita a pirataria e contrafação, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, tráfico de armas e drogas ilícitas, contrabando de obras do patrimônio cultural, depósito de resíduos contaminados em países menos desenvolvidos (sucatas saturadas de mercúrio, pneus usados, roupas hospitalares contaminadas), etc. Muitos dos *tablets* e *smartphones* consumidos no Brasil, EUA ou Europa podem ter sido produzidos em fábricas insalubres de países que exploram mão de obra infantil e que não respeitam minimamente normas laborais e ambientais. Assim, é de se questionar: é moralmente correto adquirir esses produtos?

Em outro giro, observa-se também que determinados países, sob a justificativa de proteger seus mercados locais de supostos ilícitos aduaneiros, utilizam barreiras não tarifárias para impedir ou dificultar a entrada de bens ou serviços em seu território com o objetivo (em geral, não expressamente admitidos!) de proteger agentes econômicos / empresas de seu país, em detrimento do interesse dos consumidores locais, que poderiam adquirir aqueles bens ou serviços a preços menores produzidos no exterior.

Destarte, a meu ver, o fenômeno da globalização é inevitável e salutar para o desenvolvimento econômico dos países. Contudo, há necessidade de regulação desse fenômeno com vista ao estabelecimento de *limites* aos agentes econômicos e demais atores participantes desse mercado global.

Parece-me que, considerando o conjunto dos países, os melhores resultados econômicos serão obtidos mediante uma ação coordenada e regrada por organismos internacionais (Organização Mundial do Comércio - OMC, Organização Mundial das Aduanas - OMA), direcionada à liberalização do comércio internacional, com imposição de regras e limites nessas trocas comerciais.

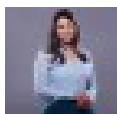


Estas normas internacionais devem assegurar interesses recíprocos dos países e de suas respectivas populações, ou ao menos, de grande parcela dela. Deve haver mecanismos de proteção mútuos, visando a liberalização do comércio, com o estabelecimento de consequências jurídicas internacionais para assegurar o cumprimento de regras do comércio, de modo a garantir um círculo virtuoso de liberalização do comércio internacional. Assim, o Direito pode funcionar como um instrumento de regulação do comércio internacional.

[1] Segundo dados da OMC, o comércio registrou um crescimento médio de 6% entre 1983 a 2008.

[2] Sanjeev SANYAL. “A favor dos desequilíbrios globais?” *Valor Econômico*. 10/11/2014. O autor foi um dos “Jovens Líderes Globais” do Fórum Econômico Mundial, em 2014.

[3] Moisés NAÍM. *Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global*. Tradução Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2006.



Re: Michael Sandel II

por [Nathalia Ferreira Masson](#) - Saturday, 22 October 2016, 23:59

## Intervencionismo inconveniente

Em atenção à provocação lançada em novo tópico iniciado pela Prof. Dra. Suzana Tavares, estruturei nesta contribuição alguns exemplos que, parece-me, bem ilustram cenários em que a excelência depende de menos Estado e mais mercado.

### 1. Desestímulo federal à educação

Em outubro de 2011 a então Presidente da República, Dilma Rousseff, sancionou a Lei n.º 12.513 que, em seu art. 15, modificou o art. 28 da Lei n.º 8.212/1991 e estabeleceu *regras de tributação para empresas que concedem bolsas e subsidiam a educação de seus funcionários*.

Até à edição deste desditoso dispositivo, os benefícios educacionais concedidos pelas empresas não se sujeitavam à contribuição previdenciária. A partir dele, patrões e empregados passaram a recolher contribuição à Previdência nos casos em que o valor mensal da bolsa de estudo é superior a uma vez e meia



o valor mínimo do salário-de-contribuição (salário mínimo) ou superior a 5% da remuneração do trabalhador.

A óbvia consequência foi a *redução da concessão de bolsas*. Afinal, parte dos investimentos teve que ser represado para arcar com os novos encargos tributários. Destarte, a nova regra representou um retrocesso, uma vez que desestimulou os investimentos da iniciativa privada na educação e na qualificação dos profissionais.

## 2. Não existe almoço grátis

Em março de 2015 entrou em vigor no Município de Natal (RN) a Lei n.º 0403/2015 que obriga que estabelecimentos comerciais de gênero alimentício que possuam mais do que cinco caixas, como hipermercados e supermercados, mantenham 80% deles em funcionamento durante todo o expediente, no intuito de diminuir o tempo de espera do consumidor na fila.

Como a norma ignora solenemente que a movimentação dos clientes varia sensivelmente conforme o horário, é certo que *seu efeito imediato é deixar parte dos funcionários ociosos (mas remunerados) durante algumas horas do expediente*.

Tratou-se, pois, de uma interferência indevida na forma como as empresas fazem o escalonamento dos funcionários para o cumprimento da atividade, ocasionando uma elevação dos custos dos supermercadistas que, como era de se esperar, estão sendo repassados aos consumidores.

## 3. 3 bilhões de reais: como gastar

Uma interessante proposição legislativa, o **Projeto de Lei nº 0653/15**, recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa da Câmara Municipal de São Paulo em 15 de junho de 2016 e pode, em breve, se tornar lei. Trata-se de projeto que visa *obrigar a instalação de equipamentos de escaneamento corporal* nas entradas das 3.240 *agências bancárias* localizadas no Município de São Paulo em substituição aos atuais detectores de metal. Estima-se que um sistema desse tipo (que adota tecnologia utilizada em aeroportos nos Estados Unidos da América visando coibir ataques terroristas com armas químicas) custe, aproximadamente, 900.000 reais e possua efeito equivalente ao dos atuais detectores de metal para impedir assaltos a mão armada. A modificação, claramente dispensável, trará para os bancos uma despesa estimada de 3 bilhões de reais, só na capital paulista. Caso tal determinação seja reproduzida para os demais Municípios – vale dizer, para a rede de 23.000 agências bancárias que existem no Brasil – a conta alcançará 20 bilhões de reais.



Este é somente um dos exemplos que bem ilustram a voracidade legislativa em regular, nos mais ínfimos detalhes, o setor financeiro. Dos quase cinquenta mil projetos de lei que hoje tramitam nas assembleias legislativas estaduais e nas câmaras de vereadores, aproximadamente 10% (mais de 5 mil) referem-se à atividade bancária, de acordo com apuração da Federação Brasileira de Bancos (Febraban)

É como se, por ano, tivéssemos em torno de 200 novas propostas de lei sobre o tema — uma por cada dia útil. Os assuntos tratados pelos legisladores são múltiplos: temos leis determinando que as agências bancárias instalem bebedouros para os usuários dos serviços, que haja música ambiente no interior da instituição financeira, que obras de arte sejam expostas em agências com mais de mil metros quadrados. Por mais variados que sejam, todos estão conectados pelo furor do legislador em regular certos setores do mercado.

**Post Scriptum 1:** O exemplo trazido pelo colega Marcelo é, ao meu sentir, o mais emblemático e deletério entre as *desastradas* tentativas contemporâneas do Governo brasileiro em interferir, manobrar e manipular determinadas atividades empresariais, no claro (e nocivo) intuito de angariar proveitos escusos (alimentando a corrupção), em detrimento do interesse público.

As investigações recentes da Operação Lava Jato mostraram que a *Sete Brasil* foi constituída quase que exclusivamente para justificar contratos que permitissem o recebimento de *propina* (a empresa acabou ‘arrastada’ para o centro do esquema de corrupção informalmente conhecido como ‘Petrolão’ quando seu ex-diretor, Pedro Barusco, confessou em delação premiada que recebia propina de 1% sobre cada contrato de sonda), o que tornou indiscutível a *inadequação do envolvimento estatal* neste específico setor, uma vez que os perniciosos fins buscados pelo governo ao abraçar a prestação desta atividade econômica em nada se coadunam com aqueles que justificam sua própria existência, a saber, o incremento do bem-estar e dos benefícios para seus cidadãos.

**Post Scriptum 2:** Conquanto tenha ficado cristalina a desnecessidade de analisarmos os exemplos colacionados pela Prof. Dra. Suzana Tavares, gostaria de comentar muito brevemente a questão das *farmácias* no contexto brasileiro. Nossa Corte Suprema entende que a atribuição do Município (decorrente do texto constitucional; art. 30) que o habilita a ordenar social e fisicamente a ocupação do solo urbano – definindo as zonas residenciais, industriais, comerciais, etc., isto é, determinando quais as utilizações convenientes às diferentes partes da cidade –, traz a permissão para que a entidade federada vede o exercício de certas atividades na zona urbana. Não o capacita, contudo, a impedir a duplicidade ou multiplicidade de estabelecimentos do mesmo ramo em uma mesma área. Afinal, tal postura afrontaria princípios gerais constitucionais da ordem econômica, quais sejam, a livre concorrência e a liberdade no exercício da





atividade econômica. Tal orientação, inclusive, consubstancia-se hoje em verbete de observância compulsória, a saber, a súmula vinculante 49 do STF ("Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área").



Re: Michael Sandel II

por [Marcelo Rodrigues de Siqueira](#) - Friday, 21 October 2016, 23:29

Inicialmente, gostaria de agradecer os esclarecimentos prestados pela Dra. Suzana Tavares e submeter novos apontamentos a este respeitável fórum de discussões.

Acredito que a trajetória da empresa Sete Brasil seja um bom exemplo da incapacidade do Estado de atuar no mercado, a pretexto de alcançar o interesse público.

No ano de 2005, a Petróleo Brasileiro SA - PETROBRAS, empresa cuja maioria do capital social pertence à União, perfurou pela primeira vez a seção pré-sal de águas profundas da Bacia de Santos, em busca de novas reservas de petróleo.

No ano seguinte, a PETROBRAS concluiu a perfuração do segundo poço no prospecto Tupi, atualmente conhecido como campo de Lula. Naquela oportunidade foi encontrada uma jazida de petróleo, com volume estimado em 50 bilhões de barris, compreendendo uma faixa de 800 km entre os estados do Espírito Santo e Santa Catarina.

Pouco tempo depois, em dezembro de 2010, sob os auspícios do Governo Federal do Brasil, a PETROBRAS, os maiores fundos de pensão do país - Previ, Petros, Funcef e Valia-, além do Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FI-FGTS, se associaram ao BTG Pactual, Santander e Bradesco, Luce, EIG Global Energy Partners e Lakeshore para constituição da Sete Brasil.

A Sete Brasil, portanto, é uma sociedade anônima de capital fechado, com grande participação de recursos públicos, cuja função precípua consiste na gestão de portfólio de ativos do setor de petróleo e gás na área offshore, especialmente aqueles relacionados ao pré-sal.



A referida sociedade chegou a ter 28 contratos de afretamento de longo prazo, todos firmados com a Petrobras e no valor de mais de US\$ 89 bilhões de dólares.

A principal justificativa para criação da nova sociedade foi a promoção da modernização da indústria naval brasileira, sendo estimada a geração de 120 mil empregos diretos e indiretos.

Vale lembrar que antes da criação da empresa, praticamente todos os ativos do setor de petróleo e gás eram adquiridos diretamente do exterior. Os argumentos apresentados à época eram de que os altos custos financeiros, aliados à ineficiência da indústria naval brasileira, inviabilizariam a produção de equipamentos a preços competitivos no mercado internacional.

Acontece que após uma série de acusações de corrupção, assim como dificuldades de caráter administrativo e financeiro, a Sete Brasil ajuizou pedido de recuperação judicial, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), no mês de abril deste ano.

O governo federal brasileiro, por intermédio dos bancos estatais e fundos governamentais, tem sido apontado como o maior credor da empresa, cerca de R\$ 12 bilhões. Atualmente o valor total da dívida ultrapassa a cifra R\$ 18 bilhões de reais. (<http://exame.abril.com.br/negocios/justica-do-rio-aprova-pedido-de-recuperacao-da-sete-brasil/> <http://oglobo.globo.com/economia/sete-brasil-entra-na-justica-com-pedido-de-recuperacao-judicial-19201167> <http://br.reuters.com/article/businessNews/idBRKCN0XR005><http://www.valor.com.br/empresas/4544495/sete-brasil-protocola-pedido-de-recuperacao-judicial-no-tj-rj>)

À primeira vista, uma das principais justificativas para a concepção da sociedade empresarial Sete Brasil foi a geração de novos empregos, através do fomento à indústria naval e de óleo e gás no país. No auge da atividade, cogita-se que o grupo Sete Brasil gerou cerca de 15.300 empregos diretos e outros 40.500 indiretos. Atualmente, a empresa conta com estrutura administrativa formada por 20 pessoas. (<http://www.valor.com.br/empresas/4544495/sete-brasil-protocola-pedido-de-recuperacao-judicial-no-tj-rj>)

A decisão do Estado brasileiro de intervir no setor econômico de óleo e gás, valendo-se do expediente de financiamento de empresas privadas com recursos de origem pública (bancos públicos, fundos de pensão, FGTS, etc), pode ser atribuída à diretriz política nacional vigente na última década.



É bem verdade que a estratégia adotada para estimular o desenvolvimento da indústria naval, e, conseqüentemente, a criação de empregos funcionou no primeiro momento, conforme denotam os números apresentados acima.

A médio e longo prazos, porém, o repaginado modelo estatal intervencionista revelou-se ineficiente e desastroso. Ao mesmo tempo em que o Estado não foi capaz de promover a retomada do setor industrial de forma sustentável, houve a contratação de dívidas em patamar exorbitante e temerário para toda a economia brasileira.

A maior parte dessa dívida será suportada pelos cidadãos brasileiros, pois entre os maiores credores da Sete Brasil estão os bancos públicos (Banco do Brasil e Caixa), o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FI-FGTS e a PETROBRAS.

O presente caso, portanto, revela que apesar da intenção legítima de promover o bem comum, a intervenção do Estado na economia não conseguiu eliminar a ineficiência da indústria naval e petrolífera nacional. Ao contrário, o modelo intervencionista gerou mais distorções e endividamentos no setor.



Re: Michael Sandel II

por [Rafael Lima Daudt D'Oliveira](#) - Sunday, 23 October 2016, 01:53

Senhora Professora Doutora Suzana Tavares da Silva e prezados colegas,

O instigante desafio que a Professora Doutora Suzana propõe consiste em encontrar casos em que as soluções de mercado se mostrem mais eficientes e justas do que a regulação pública e a intervenção estatal. Começamos a nossa contribuição ao debate destacando as ideias de livre mercado defendidas por Ronald Coase no sentido de que a regulação estatal direta não proporciona melhores resultados do que os obtidos na situação em que o mesmo problema é resolvido pelo mercado ou pelos próprios agentes (Ronald Coase, «The problem of social cost», in *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 1-44). Contudo, já vimos que existem limites morais aos mercados e, além disso, há situações em que a intervenção estatal é necessária para salvaguardar e promover determinados princípios e valores sociais relevantes. Mesmo assim, pensamos que em determinadas situações e em certas circunstâncias a atuação do mercado terá um efeito social mais benéfico, na medida em que terá condições de promover os referidos princípios e valores relevantes de forma mais eficiente (v.g., proteção ao



consumidor, através de preços mais baixos e qualidade do serviço, aumento da concorrência, geração de emprego etc.).

Escolhemos três situações para ilustrar o nosso raciocínio. A primeira (1) é a autorregulação de profissões e empresas. A segunda (2) é a liberalização das atividades de serviços e desregulação promovidas pela Diretiva 2006/123/CE (Diretiva Serviços), transposta para o ordenamento jurídico português por meio do Decreto-Lei 92/2010, de 26 de julho. A terceira (3) é sobre a impossibilidade de limitação estatal quanto à instalação de novas farmácias em que duas decisões judiciais são analisadas: uma do Tribunal Constitucional alemão e outra do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

### 1. A autorregulação de profissões e empresas.

A autorregulação ocorre quando “um grupo de empresas ou indivíduos exerce controle sobre seus próprios membros e seus comportamentos” (Robert Baldwin; Martin Cave; Martin Lodge. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2012, p. 137, tradução nossa). A ideia é que o Estado deliberadamente escolhe confiar numa ligação próxima entre regulador e regulado para entregar objetivos públicos. Isso significa que o Estado delega o poder de estabelecimento de normas às companhias reguladas. As alternativas de autorregulação reduzem o grau de rigidez da regra aplicada pelos reguladores estatais, confiando na regulação dos grupos e arranjos sociais. Por conta dos problemas advindos da assimetria informativa, é mais vantajoso confiar em dispositivos reflexivos que permitem às entidades reguladas e sistemas desenvolverem processos autorregulatórios à luz de amplos objetivos públicos e, por isso, dirigir comportamentos indiretamente (Martin Lodge; Kai Wegrich. *Managing Regulation: regulatory analysis, politics and policy*, Palgrave Macmillan, 2012, p. 102). Na Grã-Bretanha, é praticada em algumas profissões e esportes, assim como em setores como propaganda, seguro e imprensa (Cf. Robert Baldwin; Martin Cave; Martin Lodge. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, p. 137).

Quanto à autorregulação de profissões, vale mencionar a experiência das províncias canadenses. Com efeito, na Província de Alberta, o *Legal Profession Act* é uma legislação local que confere autoridade à organização *Law Society of Alberta* para regular a profissão de 8.000 mil advogados ativos em Alberta e servir ao interesse público. Suas atribuições compreendem governar a conduta profissional dos advogados, supervisionar a admissão de novos advogados, prevenir a prática da advocacia não autorizada, entre outras (*Law Society of Alberta*, disponível em [http://www.lawsociety.ab.ca/about\\_us/self\\_regulation.aspx](http://www.lawsociety.ab.ca/about_us/self_regulation.aspx), acesso em 22/10/16). É interessante notar que existe legislação semelhante nas demais províncias e territórios canadenses (*Law Society of Alberta*, disponível em <http://www.lawsociety.ab.ca/lawyers/regulations/lpa.aspx>, acesso em 22/10/16).



As principais vantagens da autorregulação são a *expertise* e a eficiência. A *expertise* e o conhecimento técnico são geralmente superiores aos dos reguladores estatais e, por conta disso, é possível haver maior efetividade regulatória, na medida em que este conhecimento especial permite que os reguladores demandem obrigações regulatórias razoáveis aos olhos dos regulados, gerando maior cumprimento. A eficiência reside no maior controle regulatório por meio do acesso mais fácil aos regulados, fazendo com que os custos com a coleta de informação sejam diminuídos (Robert Baldwin; Martin Cave; Martin Lodge. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, p. 139-141). A autorregulação profissional por meio de entidades privadas, portanto, tem o potencial efeito de gerar uma regulação com um padrão técnico mais elevado, mais eficiente e com um menor custo para as profissões do que a regulação estatal – o mesmo raciocínio pode aplicar-se à autorregulação de alguns setores empresariais.

## **2. A liberalização ao exercício das atividades de serviços e desregulação.**

A Diretiva 2006/123/CE (Diretiva Serviços), transposta para o ordenamento jurídico português por meio do Decreto-Lei 92/2010, de 26 de julho, reconhece a “liberdade de prestação de serviços e de estabelecimento de qualquer pessoa ou empresa da União europeia no território nacional”, representando “uma das prioridades da Estratégia de Lisboa, que fixa como objetivos a melhoria dos níveis de emprego, de coesão social e de crescimento económico sustentável” (Maria Manuel Leitão Marques; Fernanda Paula oliveira; Ana Cláudia Guedes; Mariana Maia Rafeiro, *Licenciamento Zero: regime jurídico comentado*, Almedina: Coimbra, 2014, p. 212-213). Assim sendo, “as licenças ou autorizações que correspondem a procedimentos administrativos mais complexos e demorados passam agora a ser exigidas apenas em situações excepcionais, em que imperiosas razões de interesse público assim o justifiquem” (*ibid.*). Com efeito, o art. 4º/n. 1 e 3 do Decreto-Lei 92/2010, prevê que os prestadores de serviço possam livremente estabelecer-se e exercer sua atividade, sem a necessidade de qualquer permissão administrativa ou mera comunicação prévia, salvo nos casos em que a lei dispuser em sentido contrário. O acesso mais fácil ao exercício de atividades torna o mercado de serviços mais competitivo, contribuindo para o crescimento económico e para a criação de emprego, e garante “aos consumidores uma maior transparência e informação, proporcionando-lhes uma oferta mais ampla, diversificada e de qualidade superior, a preços mais reduzidos” (*ibid.* p. 212).

A Diretiva Serviços e a sua regulamentação no território português vão ao encontro das ideias de desregulação e de simplificação administrativa. Assim se diz porque a desregulação tem o sentido também de aligeiramento ou eliminação do controle público sobre a produção e o mercado de várias indústrias e empresas (Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina: Coimbra, 1997, p. 43). E a simplificação administrativa consiste também na



coordenação, agilização e racionalização da própria atividade da Administração em sua relação com os particulares. Nesse sentido, comporta as seguintes medidas: (i) suprimir procedimentos desnecessários de modo a facilitar a vida do cidadão e da empresa; (ii) tornar procedimentos administrativos mais simples e céleres (diminuir a intensidade dos controles) e facilitar o “ciclo de vida” da empresa, de forma a eliminar obstáculos injustificáveis ao acesso aos mercados e ao exercício da atividade empresarial, bem como dar uma resposta mais rápida aos investidores (Maria Manuel Leitão Marques, *Serviço Público, que futuro?*, Almedina: Coimbra, 2009, p. 21-25). Assim, parece-nos que a intensidade do controle estatal deve ser proporcional ao risco e à gravidade que a atividade comporte para a sociedade, permitindo um aligeiramento ou remoção deste controle para atividades de menor risco ou reduzida gravidade. E esse é o caso do exercício da atividade de prestação de vários serviços contemplados na Diretiva em foco (regra geral), com o possível efeito da redução de encargos, burocracias e custos para os prestadores, aumento da competitividade, diminuição nos preços, aumento na qualidade dos serviços e geração de empregos.

### **3. A impossibilidade de limitação estatal quanto à instalação de novas farmácias**

3.1. O tema relativo à instalação de farmácias deu ensejo a uma clássica decisão da Corte Constitucional alemã no caso “Apotheken-Urteil”, no qual se discutiu a legitimidade de uma lei do Estado da Baviera que condicionava a instalação de novas farmácias a uma especial permissão da autoridade administrativa. A Corte concluiu que:

“a) a liberdade de instalação de farmácias, em outros países com o mesmo standard civilizatório da Alemanha, não levou a uma efetiva ameaça da saúde pública (examinou-se em particular a situação existente na Suíça com base nos laudos apresentados pelos peritos designados);

b) a liberdade de instalação de farmácias não levaria, necessariamente, a uma multiplicação ilimitadas desses estabelecimentos, porquanto a decisão sobre a sua instalação ou não, tendo em vista os elevados custos financeiros, passa por inevitáveis considerações de ordem econômica e análise de mercado;

c) o temor revelado pelo legislador quanto à eventual impossibilidade de os farmacêuticos cumprirem seus deveres legais em razão da queda da sua capacidade financeira revelava-se igualmente infundada, uma vez que uma decisão pessoal economicamente equivocada não poderia servir de base para a decisão legislativa em apreço. Ademais, a tendência revelada no sentido da superação modelo de farmácia de fabricação pelo de simples entrega de produtos acabados reduz a responsabilidade do farmacêutico e aumenta o seu tempo livre;

d) a maior procura de medicamentos decorreria, segundo a opinião dos experts, fundamentalmente, das mudanças ocorridas nas condições de vida durante a guerra-subnutrição, estresses físico-emocionais, não estando relacionada com a



existência de múltiplos locais de venda de produtos farmacêuticos” (Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999).

Como afirma Gilmar Mendes,

“para afirmar a inconstitucionalidade do modelo legislativo proposto, teve o Tribunal que infirmar a prognose estabelecida pelo legislador quanto à possibilidade de uma multiplicação de estabelecimentos farmacêuticos em razão da ausência de uma regulação restritiva. A manifesta inconsistência do prognóstico estabelecido pelo legislador ressaltava que a decisão adotada não protegia o interesse público, contendo, portanto, restrição incompatível com o livre exercício de atividade profissional” (cf. voto do Min. Gilmar Mendes na qualidade de Relator da ADI 2.327-6/SP – STF/Tribunal Pleno -- j. em 8/05/2003 – DJ 22-08-2003, p. 20).

Os argumentos utilizados pelo Tribunal Constitucional alemão são muito interessantes. Destacamos dois deles. O primeiro é a constatação fática de que em países com o mesmo standard civilizatório da Alemanha (no caso, examinou-se a Suíça), a liberdade de instalação de farmácias não levou a uma efetiva ameaça da saúde pública. O segundo é que “a liberdade de instalação de farmácias não levaria, necessariamente, a uma multiplicação ilimitadas desses estabelecimentos, porquanto a decisão sobre a sua instalação ou não, tendo em vista os elevados custos financeiros, passa por inevitáveis considerações de ordem econômica e análise de mercado.” Portanto, concluiu o Tribunal que o melhor e mais eficiente balizador para as decisões de instalar novas farmácias não seria o poder público e sim o próprio mercado e as considerações de ordem econômica. Com base nessas premissas principais, considerou inconstitucional o modelo legislativo por conta de uma restrição incompatível com o exercício de atividade profissional.

3.2. O Supremo Tribunal Federal brasileiro teve oportunidade de enfrentar uma questão sobre a constitucionalidade de uma lei que determinava a distância mínima de farmácias ou drogarias existentes para instalação de novo estabelecimento no perímetro. O Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade da lei:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEI Nº 10.991/91, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. FIXAÇÃO DE DISTÂNCIA PARA A INSTALAÇÃO DE NOVAS FARMÁCIAS OU DROGARIAS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A Constituição Federal assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do Poder Público, salvo nos casos previstos em lei. 2. Observância de distância mínima da farmácia ou drogaria existente para a instalação de novo estabelecimento no perímetro. Lei Municipal nº 10.991/91. Limitação geográfica que induz à concentração capitalista, em detrimento do consumidor, e implica cerceamento do exercício do princípio constitucional da livre concorrência, que é uma manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 193749/ SP – STF/Tribunal Pleno – Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa – j. em 04-06-1998 - DJ 04-05-2001, p. 35.)



Consta do voto do Relator Min. Maurício Corrêa:

“A limitação geográfica imposta à instalação de drogarias somente conduz à assertiva de concentração capitalista, assegurando, no perímetro, o lucro da farmácia já estabelecida. Dificulta o acesso do consumidor às melhores condições de preço, e resguarda o empresário alojado no local pelo cerceamento do exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio da liberdade de iniciativa econômica privada garantida pela Carta Federal quando estatui que ‘a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’ (art. 173, § 4º).

Este acórdão também traz pontos relevantes para discussão. Ao promover uma restrição ao número de farmácias no perímetro do município, o STF entendeu que a lei violou os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. O Tribunal considerou, ainda, que a ausência da restrição estatal aumentaria a concorrência, com o possível efeito de baixar os preços para o consumidor. Acrescentamos aqui o argumento utilizado no item 3.1 acima no sentido de que o mercado seria o melhor balizador das decisões quanto à instalação de novas farmácias em vez da intervenção estatal restritiva.



Re: Michael Sandel II

por [Janice Silveira Borges](#) - Tuesday, 25 October 2016, 12:26

A vertente das diversas escolas existentes sobre a Análise Econômica do Direito que defende que o custo social deve ser estudado tendo em vista as medidas intervencionistas do Estado na economia de mercado teve início com as ideias de Ronald Coase na obra *The Problem of the social cost*.

O desencadear das teses propostas por Coase em sua obra e sua conjugação com a constatação da doutrina majoritária, aqui exemplificada na obra de Michael J. Sandel, *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*, leva à reflexão da questão proposta pela Professora Doutora Suzana Tavares da Silva.

No caso do Brasil, verifica-se que o Estado afasta-se do seu papel de mero regulador e fiscalizador quando atua concretamente como agente da atividade empresarial nos termos admitidos nos art. 173 e 174 da Constituição da República. Todavia, o desvirtuamento do texto constitucional pode ser verificado como no caso citado pelos colegas Marcelo e Natalia, envolvendo a empresa Sete e a Petrobras.

Um outro ponto a ser considerado é quando o Estado extrapola sua função de regulador e fiscalizador sob a alegação de proteção de determinado grupo ou





categoria; situação muito comum no direito do consumidor e aqui encontra-se o primeiro caso concreto a ser analisado. O Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 855, declarou ser inconstitucional uma lei por considerar, entre outros fundamentos, que ela inviabilizava a atuação do mercado. No Estado do Paraná foi aprovada a Lei 10.248/93 que determinava a obrigatoriedade da presença do consumidor no momento da pesagem de botijões comercializados pelas distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP, quando da sua venda ou da substituição. A legislação tinha por objetivo uma postura incisiva do Estado no mercado para uma maior proteção ao consumidor. Ocorre, todavia, que a medida dificultou a circulação do produto porque, na prática, ele era comercializado por meio de motos e bicicletas, o que impossibilitava a pesagem como exigido em lei. Nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, a Administração Pública tem outros meios para assegurar os direitos do consumidor sem aniquilar a atividade econômica.

Ainda no direito consumerista brasileiro, um outro exemplo de atuação mal sucedida do Estado na economia foi a proibição, ao fornecedor, de cobrar um preço maior quando a venda for paga com o uso de cartões de crédito, devendo a venda do cartão ter o mesmo valor do preço à vista. A norma objetivava evitar que o vendedor repassasse ao consumidor o seu custo com a manutenção do sistema de pagamento por cartão de crédito. Todavia, na prática, o que se viu foi que a norma acabou por afastar a possibilidade de os fornecedores oferecerem descontos correspondentes aos custos do sistema de cartão de crédito aos consumidores que quisessem pagar em dinheiro. E ainda aumentou o poder do grupo ligado aos bancos e emissoras de cartão de crédito, o que permitiu a eles aumentar cada vez mais os custos, e conseqüentemente os preços dos produtos, e terem uma atuação ainda mais relevante na economia e política do país.

Ainda no Brasil, agora na seara tributária, tem-se a intervenção estatal que reduziu a tributação (IPI) para veículos automotores como forma de aumentar as vendas no setor automobilístico e manter a economia aquecida. Todavia, o resultado foi o aumento do índice de inadimplência nos contratos de arrendamento mercantil, a superlotação nas estradas e vias que não estavam preparadas para o aumento considerável da tropa e o aumento do preço do combustível.

No âmbito do Direito do Trabalho, pode-se verificar a problemática da situação italiana. A Itália, em um primeiro momento, adotou uma política extremamente paternalista ao trabalhador, a tal ponto que, com a crise econômica mundial, passou a inviabilizar a contratação de profissionais com mão de obra altamente especializada. O resultado foi que o Estado Italiano, para evitar o aumento do número de desempregados, passou a admitir que empregador e empregado “legislassem” normas próprias para a contratação.





Re: Michael Sandel II

por [Cui Rixing](#) - Wednesday, 26 October 2016, 15:30

“Thousands have lived without love, not one without water.”

*Wystan Hugh Auden*

### **The moral concept in water**

In 2010, the General Assembly released a document (Resolution 64/292) “acknowledging the importance of equitable access to safe and clean drinking water and sanitation as an integral component of the realization of all human rights.” However, even long before that, water has already been perceived as a decisive matter of human rights starting from the 1960s movement of environment protection.

Water, rather than other crucial elements to human beings, such as foods, clothes, residences, transportations, has been endowed with moral value. Two issues are highlighted—“fundamentality” and “scarcity.” Compared to other daily supplies, water is the premise of all human activities (household, agricultural or industrial). On the other hand, water is environment-related, as an indispensable foundation of the eco-system. Water guarantees human life with dignity. Compared to other natural elements, such as air, sunlight and wind power, water, particularly accessible water, is unique because of its scarcity, which easily leads to the most significant questions— efficiency and distribution.

#### *Different contexts of water*

When we are studying water, it is important to distinguish the different contexts of water. The most common context is raw water being stored in sources, and bearing an environmental meaning to it. When it comes to human activities, we often refer to accessible water, representing the water involving a certain degree of human intervention, and one that could allow its use by human beings. The last context is water service, i.e., water supply and sanitation, which is the main jurisdiction of substantive law. The first and second contexts are both regarding water itself, containing strong moral values that matter to the human well-being. The third context is the link between normative rules and legal consequences. For example, the EU water legislative objectives can be divided into two categories: water pollution prevention and water conservation, both of which cover those



rules created for the activities of both private participants and public entities, in terms of their duties on various water services subject to different types of water and water for different uses.

### *Water as an economic good*

If we review the history of water, and date back to some early civilizations, we will notice that they have started to supply water through public authorities (municipalities) to urban residents, and mostly without charges. However, at that time, what was being supplied by those municipalities was raw water without any treatment whatsoever. Someone believe that modern water services originated in the UK in 17th century, and thus, chargeable water services (both supply and sewage) were firstly introduced for the sake of better water quality. Considering that since the Dublin Principle was established in 1991 water has been widely accepted as an economic good, it is safe to say that the economic value of water naturally emerged when people began to deal with water and realized that accessible water resources were always finite and scarce.

The rational use of water and the best distribution, normally calls for the regulatory power of water pricing. Unlike private goods, water has characteristics of "rivalry" and "non-excludability", together with its human right concept, regional differences, and the fact that, as a scarce good, it makes it very complex to tag water through the interaction between supplies and demands in a perfect competitive market. Considering the fact that water facilities are mostly held by municipalities, and that water management is strictly regulated by public authorities, the pricing mechanism is mainly based on some principles like "full cost recovery", "distinct prices for different uses", "block tariff", "polluter pays" and so on (for example, see COM(2010)228 final, COM(2008)875 final, COM(2011)133 final of the European Commission). The whole water pricing mechanism could hardly be called market; instead, it is a one-way process.

Notably, for a long time, water pricing seems to be the only approach to regulate water use in EU member states. In addition, authorities tend to draw support from regulatory instruments (command-and-control regulation), by using mandatory rules. However, the EU is actively promoting market-based instruments in recent years (See K. Rademaekers., *et al.*, "The Role of Market-based Instruments in achieving a resource efficient economy", European Commission: DG Environment , 2011). As a condition, the EU endows water with more economic values and uses price-based instruments (taxation and subsidy), quantity-based instruments (tradable permits) and market friction instruments for achieving better consequences for the sake of better water supply allocation and equally to prevent water pollution.

### *Some relevant points*



In my opinion, some questions arise at the end of this article, and they could be discussed in another occasion:

1. According to the three contexts division , it is clear that the third context has minimum moral values., Do Those who keep emphasizing the importance of the human right to water confuse the boundary between water and water services?

2. The concept of water as an economic good is highlighted because of the scarcity and unbalanced distribution of water. In this case, is the economic concept a violation of water ethics? Furthermore, are someof the sensitive issues in market-based instruments, such as taxation, tradable permits against moral values?

3. In regards to the one-way process of pricing mechanism, is it necessary to change this situation? If so, does the introduction of competition work in creating a multi-player pricing mechanism? How to overcome regional characteristics and local responsibility as they have been seen as the barriers of constituting competition in water industry.

4. Currently, in an imperfect competitive market, how to determine the reasonable amount of taxes or subsidies? As to competition, we ought to have our own idea on whether it is rational to make private participation, i.e., water privatization, as a solution to water scarcity.



Re: Michael Sandel II

por [Luiz Antonio Ugeda Sanches](#) - Thursday, 27 October 2016, 20:40

A Profa. Dra. Suzana Tavares da Silva nos instiga a percorrer o lado reverso do último texto que apresentamos. Pensar em soluções em que o mercado realiza de forma mais justa do que as decisões do Estado significa estabelecer limites éticos *per se*, e não de forma extroversa.

Existem diversos exemplos de categorias que criam seus próprios meios de controle, sem a interferência do Estado, ou mesmo antes de sua concepção atual. Foi o que ocorreu, p. ex., no Juramento de Hipócrates, escrito inicialmente no século V a.C., e que até aos dias atuais, salvo as devidas atualizações, regulamentava a profissão de médico.



Esta noção se perpetuou nas inúmeras autorregulamentações existentes, sistemas que vão desde as ligas esportivas, sendo seu exemplo maior na Fédération Internationale de Football Association (FIFA), até temas referentes à publicidade, onde em Portugal é representada pelo Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial (ICAP), que provê a sociedade de um Código de Publicidade que impede, p. ex., o emprego de crianças como protagonistas de comerciais de produtos que não tenham direta relação com elas.

Todavia, não está a se falar apenas sobre a autorregulamentação do mercado, mas este em contraponto ao Estado sob o prisma da justiça. Comparar as soluções de mercado com aquelas estatais significa situar a discussão em aspectos quantitativos e qualitativos.

Sob este conceito, a chave para se compreender como os mercados apresentam soluções mais justas que o Estado está na quantificação, ou monetização, de quanto as ações ou as omissões do Estado custam ao contribuinte. É realocar, na escala de prioridades, o princípio da eficiência, por compreender que ele intervém e interage com os demais princípios da igualdade, da liberdade, entre outros.

Corresponde a fortalecer o que a corrente do Realismo Jurídico do Direito Administrativo Econômico, ou do *Law and Economics*, tem pregado ao longo do tempo: (i) desestatizar atividades públicas passíveis desta iniciativa, tais como infraestrutura, permitindo que o Estado se torne mais regulador e foque em atividades mais prioritárias, tais como segurança, saúde e educação; (ii) desverticalizar as atividades econômicas, fortalecendo o mercado de capitais, evitando cartelizações e possibilitando que investidores menores tenham acesso a mercados intensivos em capitais, como é o caso do setor de energia, saneamento e telecomunicações, por exemplo; e (iii) efficientizar os resultados, avaliando os problemas por equações e unidades mensuráveis, objetivas, difundindo a análise econômica do Direito e possibilitando que o Estado aprofunde, modifique e sofisticue suas ações de regulação econômica, concebendo novos mecanismos e criando órgãos e instituições específicos (Carlos Ari Sundfeld, "Direito administrativo econômico", in Idem, coord., *Serviços públicos e regulação estatal*, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17-18).

Considerada a desestatização, a desburocratização e a eficiência enquanto princípios norteadores dos mecanismos de mercado, que em determinadas situações promovem maior justiça em relação ao Estado, verifiquemos no caso brasileiro como estes princípios se desenvolveram.



## **A desestatização e a opção social-desenvolvimentista do Brasil – breve histórico**

A primeira norma na qual o próprio estado brasileiro reconhece que a iniciativa privada tem melhores condições de gerir determinados temas foi o Decreto n. 83.740, de 18 de julho de 1979. Os objetivos norteadores, expressos em norma, apontavam claramente os serviços públicos como um foco de ineficiência administrativa, quais sejam: (i) construir a melhoria do atendimento dos usuários do serviço público; (ii) reduzir a interferência do Governo na atividade do cidadão e do empresário; (iii) descentralizar as decisões; (iv) simplificar o trabalho administrativo; (v) eliminar formalidades e exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco; (vi) agilizar a execução dos programas federais para assegurar o cumprimento dos objetivos prioritários do Governo; (vii) substituir, sempre que praticável, o controle prévio pelo eficiente acompanhamento da execução e pelo reforço da fiscalização dirigida, para a identificação e correção dos eventuais desvios, fraudes e abusos; entre outros.

Por força do Decreto n. 86.215, de 15 de julho de 1981, o governo Figueiredo criou as condições formais para efetivar os desígnios do Programa Nacional de Desburocratização. Fixaram-se normas para a transferência, transformação e desativação de empresas sob o controle do Governo Federal.

O Decreto n. 86.215, de 1981, ainda previu no art. 5º que a transferência de controle de empresas para o setor privado deveria observar o seguinte sistema principiológico: (i) ampla divulgação; (ii) os adquirentes deveriam ser cidadãos brasileiros residentes no país ou empresas ou grupos de empresas sob controle nacional; (iii) o “compromisso irrevogável” dos adquirentes em manter sob controle nacional o capital e a administração das empresas adquiridas; (iv) a celeridade e eficácia do processo de privatização; e (v) a função da Comissão Especial, no tocante à fixação das condições e dos valores. Os resultados dessas iniciativas foram muito aquém do desejado, de forma que o governo Figueiredo não conseguiu realizar qualquer privatização.

O governo Sarney também realizou iniciativas nessa frente. O Decreto n. 95.886, de 29 de março de 1988, dispôs sobre o Programa Federal de Desestatização, a ser executado por meio de projetos de privatização e de desregulamentação, e com menção expressa ao regime de concessão e de permissão de serviços públicos, com os objetivos expressos de: (i) transferir para a iniciativa privada atividades econômicas exploradas pelo setor público; (ii) concorrer para diminuição do *deficit* público; (iii) propiciar a conversão de parte da dívida externa do setor público federal em investimentos de risco, resguardado o interesse nacional; (iv) dinamizar o mercado de títulos e valores mobiliários; (v) promover a disseminação da propriedade do capital das empresas; (vi) estimular os mecanismos competitivos de mercado mediante a desregulamentação da atividade



econômica; (vii) proceder à execução indireta de serviços públicos por meio de concessão ou permissão; e (viii) promover a privatização de atividades econômicas exploradas, com exclusividade, por empresas estatais, ressalvados os monopólios constitucionais. Todavia, o regime de concessões não demonstrara eficácia em um ambiente financeiro conduzido por uma moeda monetariamente fraca e em ambiente hiperinflacionário.

Em 1989, durante a primeira campanha presidencial em 25 anos, o então candidato Fernando Collor de Mello fez deste tema um importante argumento para a obtenção de votos. Após sua posse, o tema foi sistematizado, transformou-se em um verdadeiro princípio reformador, com base na necessidade de revitalizar a estrutura financeira do Estado, acabar com a corrupção e reduzir drasticamente o *déficit* público.

A Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, no primeiro mês de seu governo, o presidente Collor criou o Programa Nacional de Desestatização, com o intuito de reordenar as atividades do Estado na economia. A ideia central era vender ativos públicos à iniciativa privada de 18 empresas nos setores de siderurgia, fertilizantes e petroquímica. As justificativas eram eminentemente econômicas, e estavam pautadas na falta de capital público para investir, bem como na necessidade de obter um maior envolvimento da iniciativa privada no desenvolvimento do país: (i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades subexploradas pelo setor público; (ii) contribuir para reestruturar economicamente o setor público, por meio de melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; (iii) permitir a retomada de investimentos pelas empresas privadas, bem como sua efetiva reestruturação; (iv) permitir a concentração de esforços da administração pública em atividades mais fundamentais; e (v) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais.

A grande dificuldade na privatização no governo Collor foi o lastro utilizado na aquisição das empresas. Os títulos representativos da dívida pública federal foram majoritariamente utilizados, de forma a corresponder a mais de 98% dos valores utilizados, fato que quitava a dívida pública mas não possibilitava liquidez nas finanças federais. O governo Franco, por sua vez, buscou corrigir essa distorção e valorizar o uso de moeda corrente, entre outras medidas.

Importante notar que a desestatização somente lograria êxito em ambiente de estabilidade monetária, graças ao advento do Plano Real no governo Franco. No governo Cardoso, houve um intenso reformismo constitucional, por meio de emendas que possibilitaram importantes alterações estruturais na infraestrutura nacional e, por conseguinte, atração de soluções de mercado respaldada pelo Estado, tais como a *Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995*, que quebrou o monopólio das telecomunicações; a *Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995*, que quebrou o monopólio da Petrobras ao permitir



que a União pudesse contratar com empresas estatais ou privadas atividades com hidrocarbonetos; e a *Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998*, que alterou princípios e normas da Administração Pública, internalizando conceitos oriundos do Direito Administrativo Econômico (p. ex., eficiência).

### **A desverticalização – O caso do setor elétrico brasileiro**

Com o processo de privatização, houve a desverticalização das diferentes esferas do setor elétrico, que passou a se dividir em geração, transmissão, distribuição e comercialização. A geração e a comercialização se tornaram setores competitivos e não regulados. A transmissão e a distribuição, por sua vez, como monopólios naturais, estariam sob regulação e fiscalização dessa Agência. Assim, o objetivo principal do modelo brasileiro foi separar o serviço de energia elétrica, que trabalha com a *commodity* e deve ser aberta à competição, bem como às regras de livre mercado, daqueles que trabalham com o transporte da energia mediante rede aérea ou subterrânea, que devem ser reguladas pela administração pública. Em outras palavras, a privatização buscou atrair novos investimentos, além de desverticalizar as pesadas estruturas estatais, segmentando as áreas da seguinte forma:

- (i) Geração: atividade de natureza competitiva, não regulada economicamente, com garantia de livre acesso aos sistemas de transportes (transmissão e distribuição) a todos os geradores que podem comercializar a energia livremente. Compreende os diferentes processos de conversão de energia primária em energia elétrica;
- (ii) Transmissão: vias de transporte de energia elétrica de alta e média tensão, podendo ser utilizadas por qualquer agente interessado mediante o pagamento dos encargos correspondentes, de forma isonômica, estabelecidos pelo agente regulador;
- (iii) Distribuição: vias de transporte de energia elétrica de baixa tensão, podendo ser utilizadas por qualquer consumidor inserido no interior de área de concessão estabelecida pelo Poder Concedente mediante o pagamento dos encargos correspondentes, de forma isonômica, estabelecidos pelo agente regulador; e
- (iv) Comercialização: agente setorial com capacidade jurídica para comprar, importar, exportar e vender energia elétrica a outros comercializadores, distribuidores, geradores ou consumidores livres, por meio de contratos de longo prazo ou no MAE, nos termos originais do no art. 26 da Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com a redação dada pelo art. 4º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998, bem como na Resolução n. 265, de 13 de agosto de 1998.

Este arranjo setorial possibilitou desverticalizar a cadeia produtiva do setor de energia, notadamente a elétrica, abrindo sua realidade societária a pequenos, médios e grandes investidores. Esta iniciativa possibilitou: (i) garantir a continuidade na prestação dos serviços públicos (vide arts. 42, 43 e 44 da Lei n. 8.987, de





1995); (ii) priorizar a conclusão de obras paralisadas ou em atraso; (iii) aumentar a eficiência das empresas concessionárias, visando à elevação da competitividade global da economia nacional; (iv) atender as populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional inclusive as rurais, por meio da universalização do serviço, aprofundada no Governo Lula pela Lei n. 10.848, de 2004, e Decreto n. 4.873, de 2003; e (v) racionalizar os bens coletivos, inclusive os recursos naturais.

A metodologia de aferição do Luz para Todos priorizava cobrir os Municípios com atendimento inferior a 85%, com base no Censo de 2000 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com enfoque nas populações atingidas por barragens, escolas públicas, postos de saúde, poços de abastecimento d'água, assentamentos rurais, agricultura familiar, entre outros. E nada disso seria possível o Estado estruturar e possibilitar a solução privada.

### **A eficiência – dois exemplos**

#### ***Exemplo 1 - O caso do Poder Judiciário***

O principal exemplo de que o Estado tem sido ineficaz na busca de justiça está em seu principal instrumento de externalização, o Poder Judiciário. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 17/10/2016 (vide <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-10/despesas-do-judiciario-custaram-13-do-pib-em-2015>>), o país gastou 1,3% de seu Produto Interno Bruto em 2015 com o custeio do Poder Judiciário, o maior percentual do planeta. Este valor atualmente corresponde a US\$25 bilhões, mais do que todo o valor investido em logística naquele ano.

Este simples número sugere que mecanismos privados de mediação e arbitragem, ainda incipientes no Brasil, seriam muito mais baratos, justos e eficazes para trazer segurança jurídica à sociedade. O mercado busca soluções via a Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96), mas com resultados ainda muito limitados, haja vista controvérsias de entendimento entre o Tribunal de Contas da União (TCU) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ)

#### ***Exemplo 2 – O caso do cimento asfáltico***

É ainda uma infeliz praxe do Estado brasileiro aumentar os custos privados, tornando a atuação dos agentes privados mais ineficiente do que seria se pudesse atuar de forma desregulamentada, ou bem regulamentada. É sabido que um governo pode afetar de diferentes formas a rentabilidade de um contrato de concessão: criação de taxas ou isenções; atraso na entrega de obras de suporte ou de licenças ambientais; intervenção direta no sistema de preços relativos da economia, incluindo a taxa de juros e de câmbio; etc.



Como regra geral, o governo deve ser responsável pelos riscos decorrentes daquilo que ele controla ou influencia fortemente, como aqueles relacionados aos preços e padrões de qualidade que impõe (Timothy Irwin. *Government guarantees: allocating and valuing risk in privately financed infrastructure projects*. The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank. Washington, USA. 2007. Disponível em: <[http://siteresources.worldbank.org/INTSDNETWORK/Resources/Government\\_Guarantees.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTSDNETWORK/Resources/Government_Guarantees.pdf)>).

Um dos desafios presentes em quaisquer contratos de longo prazo é a administração de preços relativos. Em geral, os contratos administrativos preveem reajustes periódicos de acordo com a inflação. Via de regra, esse mecanismo é satisfatório. Não se pode esperar que todos os preços subam no mesmo ritmo, mas, usualmente, a inflação de itens específicos não se distancia muito da média.

Contudo, o que ocorreu com o preço do cimento asfáltico nos últimos anos foi totalmente fora dos padrões, haja vista que a inflação medida entre janeiro de 2013 e junho de 2016 foi de 30,2%, mas o asfalto aumentou 88%, referente ao Cimento Asfáltico de Petróleo 30-45, coletado pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

Neste caso concreto, o preço internacional do petróleo, apesar da depreciação cambial observada no período, registrou queda de pouco mais de 20%, mesmo quando convertido em reais. Mesmo em janeiro de 2016, quando a taxa de câmbio média atingiu R\$ 4,04 por dólar norte-americano, a inflação do preço internacional do petróleo havia sido negativa em mais de 40% no acumulado desde dezembro de 2012.

A forte elevação do preço do asfalto, muito acima do que ocorreu com os demais derivados, provavelmente se deu como parte de uma política de subsídios cruzados. O preço do asfalto subiu acima do que é necessário para compensar aumentos mais moderados na gasolina e outros derivados.

Ainda que, do ponto de vista econômico, esse tipo de política atenta contra todos os princípios de eficiência e alocação correta de recursos, do ponto de vista político pode ser interessante: aumentos substanciais no preço do asfalto contribuem para que a estatal de petróleo brasileira (Petrobras), estatal que praticamente detém o monopólio de venda deste insumo no Brasil, se recuperasse financeiramente sem pressionar o consumidor diretamente, ao contrário do que ocorre quando o reajuste recai sobre derivados como gasolina e gás de cozinha. Afinal, o custo recairia integralmente sobre concessionárias e empreiteiras que já tivessem contratos firmados.

Se o forte reajuste de preços fosse decorrência de forças do mercado, já seria o caso de reequilibrar os contratos, pois se trata de um cenário cuja probabilidade próxima de ocorrer era muito baixa, e sobre o qual as concessionárias de rodovias e os municípios têm pouca possibilidade de reação.



Nesse sentido, a Instrução de Serviço/DG 2, de 23/3/2015 (IS-DG 2/2015), emitida pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), estabeleceu os critérios para o "reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos decorrente do acréscimo dos custos de aquisição de materiais betuminosos". Por seu turno, o Tribunal de Contas da União (TCU), provocado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária (SeinfraRodovia), do próprio Tribunal, concluiu, no Acórdão nº 1.604/2015, pela legalidade de se proceder ao reequilíbrio econômico financeiro de contratos administrativos decorrentes do aumento do custo de aquisição do asfalto nos termos da referida Instrução de Serviço do DNIT.

Resumidamente, o TCU considerou procedente o pedido. Apenas ponderou que o reequilíbrio seria devido somente nos casos em que a aquisição do asfalto se deu após o aumento de preços que ocorreu no final de 2014.

Ou seja, caso as regras de mercado valessem desde o início, teria havido maior justiça na sociedade. Em que pese o represamento do preço ter sido do interesse dos usuários no curto prazo, esta conta, no médio e longo prazo, fica muito mais cara e torna a equação econômico-financeira demasiadamente onerosa e, por conseguinte, injusta.

*De forma a concluir*, o mercado somente conseguirá prover soluções mais justas que o Estado se houver a existência de três requisitos: desburocratização, desverticalização e efficientização. Caso contrário, o que haverá é um sistema global de mercado dissociado do sistema local de Estado, e não haverá chance para que o mercado possa ser uma real alternativa na busca de justiça.



Re: Michael Sandel II

por [Pedro Henrique Cordeiro Lima](#) - Friday, 28 October 2016, 23:30

### **Acesso à cultura ou benesse populista?**

A provocação lançada pela Professora Suzana Tavares da Silva acerca de situações nas quais a intervenção estatal nos setores da economia está mais ligada a interesses corporativos, pressupostos ideológicos, ou mesmo interesses eleitorais, do que à prossecução de um interesse público, ou uma ideia de bem comum, traz à baila uma importante preocupação do constitucionalismo contemporâneo no que toca o princípio da igualdade, que é o esforço para diferenciar *discriminação* de *diferenciação*.



Tem-se que as *discriminações* são expressões de arbitrariedade lesivas à ideia de igualdade, enquanto as *diferenciações* são medidas necessárias para enfrentar as desigualdades existentes na sociedade, garantindo proteção especial a determinadas minorias ou grupos excluídos.

Por óbvio, ao impor aos Poderes Públicos um dever de não discriminação, como posto no art. 5º, *caput* e inciso I da Constituição Brasileira, o texto constitucional não busca alcançar um Estado que ignore as desigualdades nele existentes, cego para as injustiças sociais. Antes disso, o que se objetiva é que qualquer *diferenciação* se dê de forma criteriosa, a fim de alcançar os fins de um Estado Democrático de Direito, tal como a justiça social.

Pois bem, com isso em mente, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, aponta que as diferenciações seriam lícitas quando: 1) haja, de fato, nas situações pessoas ou coisas com características diferenciadas; 2) exista relação entre as diferenças existentes e a distinção estabelecida (legal ou judicialmente); 3) a distinção estabelecida é pertinente em razão de interesses constitucionalmente estabelecidos.

Propõe-se, então, uma breve análise de alguns elementos da política de acesso à cultura brasileira, e do que se busca atingir com o instrumento da *meia entrada* – desconto de 50% nos ingressos para eventos culturais.

Nesse sentido, chama-se atenção ao disposto em dois diplomas legais: a Lei Federal n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, e a Lei Federal n.º 12.933, de 26 de dezembro de 2013, que dispõe sobre o benefício do pagamento de meia-entrada.

Prevê o Estatuto do Idoso:

“Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

(...)

Art. 23. A participação dos idosos em atividades culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais.”

A Lei Federal n.º 12.933/13, por sua vez, estabelece:

“(...)

§ 10. A concessão do direito ao benefício da meia-entrada é assegurada em 40% (quarenta por cento) do total dos ingressos disponíveis para cada evento.

(...).”



Extraí-se do próprio texto legal e das notas dos debates parlamentares, quando das aprovações das referidas leis, que o objetivo da medida seria, em tese, facilitar o acesso à cultura dos idosos, que estariam sujeitos a tratamento estatal diferenciado, e que teriam maiores dificuldades para participar de tais eventos sem o benefício.

De pronto, é inegável que há uma diferença de características entre os idosos e a população em geral.

Pergunta-se, então, se existe relação entre as diferenças existentes e a distinção estabelecida, ou, de forma mais clara: seria o preço dos ingressos um entrave significativo para a participação em eventos culturais de toda e qualquer pessoa com mais de 60 anos, independentemente de sua condição econômica, de forma que se justifique a concessão de um benefício legal?

Ora, parece claro que não. Conceder um benefício econômico baseado no fator idade, e não na condição financeira dos beneficiados em si, é algo sem sentido prático. Parte de uma presunção absurda que o preço do ingresso para o evento cultural afetará da mesma forma todos os idosos, independentemente da renda desse.

Deve-se perguntar ainda: o que se busca alcançar é pertinente em razão de interesses constitucionalmente estabelecidos, ou seja, o acesso à cultura e o reflexo que tal acesso tem na qualidade de vida geral dos idosos deve, constitucionalmente, ter tratamento diferenciado do acesso à cultura da população em geral?

Novamente, a resposta é negativa. Ainda que se considere que os idosos formam um grupo diferenciado, que merece proteção especial do estatal, o que o Estado deve fazer é lidar com as peculiaridades e dificuldades específicas desse grupo, sem, contudo, desconsiderar o acesso à cultura dos demais grupos sociais.

Segundo os critérios propostos pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, tem-se, então, um caso de *discriminação*, e não de *diferenciação*, constitucionalmente válido.

Esclareça-se, o desconto de 50% que os produtores de eventos culturais devem dar em até 40% dos ingressos – incluídos nesse percentual não só os idosos, mas todos os demais grupos que têm direito a tal benefício – não tem qualquer contrapartida estatal, seja através de custeio direto ou de isenções fiscais, passando, por óbvio, a compor o preço do produto.



A consequência econômica, tão absurda quanto inegável, é que o ingresso do cinema de um rico *CEO* de 60 anos é subsidiado pelo ingresso mais caro de um pobre operário de 30 anos!

Ao estabelecer uma política de *meia entrada* baseada apenas no critério de idade, o governo brasileiro não só jamais alcançará o alegado objetivo de facilitar o acesso à cultura para todos os idosos - uma vez que tal desconto tem pouco ou nenhum reflexo na decisão de uma pessoa mais abastada de ir ou não a um determinado evento cultural –, como efetivamente encareceu o acesso à cultura para a população em geral – dificultando inegavelmente tal acesso para os membros das classe sociais menos privilegiadas que não fazem jus a algum benefício de *meia entrada*.

Tal intervenção estatal, imprestável para distribuir de forma mais justa o acesso à cultura, só pode se justificar por um populismo eleitoreiro, jamais por qualquer interesse de justiça social ou combate às desigualdades.



Re: Michael Sandel II

por [Loyanne Verdussen de Almeida Firmino Calafiori](#)

Sunday, 30 October 2016, 21:23

### **Entre liberalismo econômico e intervenção estatal: qual deles pode oferecer uma maior justiça social?**

A provocação iniciada no bojo da presente discussão é no sentido de saber se alguns serviços ou bens não são ou seriam “distribuídos” de forma mais justa pelo mercado do que pelo Estado. Isso porque, em algumas situações, a intervenção do Estado na economia não possui como finalidade a satisfação do interesse público, como mencionado em linhas volvidas.

Desta feita, segundo o aludido entendimento, em muitas vezes o Estado age não em busca do interesse coletivo, mas sim para agasalhar interesses corporativos, pressupostos ideológicos ou mesmo interesses eleitorais.

Sendo assim, nesses casos o mercado poderia oferecer mais benefícios ao bem-estar social e à coletividade do que o próprio Estado, cumprindo com a função social da atividade econômica, conforme será elucidado no estudo a seguir delineado. Senão, vejamos.



## 1. As polêmicas privatizações

Embora esse tema desperte paixões em todos os corações: uns a favor e muitos contra sua ocorrência, o fato é que as privatizações estão presentes em nossa contemporaneidade.

A privatização nasce exatamente quando se chega à conclusão de que o Estado não possui capacidade para gerir ou regular determinados setores da economia. Sendo assim, devido à sua luzente ineficiência, abre-se a oportunidade de se “presentear” o setor privado com o poder de compra de empresas estatais, as quais passam ao domínio público quando são compradas pela iniciativa privada.

Ocorre que muitos serviços e bens acabam sendo sim muito melhor administrados pelo setor privado do que pelo Estado, sobretudo, porque muitas empresas públicas apresentam má gestão e acabam, por isso, possuindo problemas como desvios de recursos que ocasionam o aumento das taxas cobradas pelos seus serviços e para o oferecimento de seus bens, sendo um luzente exemplo de que em determinadas situações o Estado não age em busca do bem comum, mas sim para atender a minorias que estão no poder, que possuem a máquina pública em suas mãos.

Assim, muitas empresas públicas quando são privatizadas demonstram que o setor privado possui melhores condições de administrá-la, reduzindo-se, pois, as taxas de serviço cobradas ao consumidor, como por exemplo se verificou-se com a telefonia no Brasil.

## 2. Serviços de telefonia prestados no Brasil

Sem dúvida alguma, um dos maiores exemplos de que muitas vezes o livre mercado proporciona maiores benefícios ao cidadão (em comparação ao Estado) é a prestação de serviços de telefonia no Brasil.

Quando o Estado dominava a prestação de serviços de telefonia no Brasil ter uma linha telefônica era artigo de luxo. Apenas pessoas abonadas poderiam ter sua própria linha telefônica. O Estado, até então, não estava priorizando o bem-estar e o interesse comum da população, pois somente após a privatização desse serviço é que as pessoas humildes tiveram acesso ao telefone em suas residências.

Este é um relevante exemplo de que a economia de mercado faz com que o serviço de telefonia fique a cada dia mais acessível a todo cidadão, pois com o livre mercado e a lógica da oferta e da procura, bem como com a concorrência entre as empresas, todos os dias os cidadãos acabam sendo beneficiados com a competição pelo menor preço travada entre as empresas de telefonia.

No entanto, quando apenas o Estado detinha a prestação desse relevante serviço, não tinha concorrentes e, portanto, o cidadão tinha que se sujeitar aos abusivos preços que acabam mesmo por impedir o acesso da pessoa humilde e de poucos recursos à telefonia.



### 3. A distribuição gratuita de livros escolares

Uma grande questão que deve ser trazida à baila refere-se à distribuição gratuita de livros pelas escolas públicas. Qual seria o verdadeiro interesse do Estado em “monopolizar” o conteúdo ideológico de seus alunos?

Promotora de desigualdades, do insucesso escolar e com falta de fundamentação legal. São estas, em resumo, as principais críticas levantadas pelo constitucionalista Gomes Canotilho à decisão do Governo de tornar gratuitos os manuais escolares (por enquanto só no 1.º ano) e promover a sua reutilização, mediante a entrega dos livros no final de cada ano lectivo. (<https://www.publico.pt/sociedade/noticia/constitucionalista-critica-gratuidade-dos-manuais-escolares-174688>)

A distribuição gratuita de manuais escolares a todos os alunos, independentemente da condição económica dos pais, pode ser considerada uma medida ineficiente. Isso porque é evidente que o Estado está a gastar recursos com quem não precisa por razões puramente ideológicas!

Além disso, tal atividade pode até mesmo promover a desigualdade social, pois como o livro escolar deve ser recolhido no fim do ano e redistribuído no ano seguinte, os alunos que não possuem condições financeiras para comprar os livros não mais terão acesso aos conteúdos já estudados no ano anterior. Enquanto isso, os alunos mais abonados financeiramente poderão comprar os livros já estudados e terem acesso aos conteúdos já lecionados no ano passado, tendo, pois, maior acesso à educação do que aqueles que não possuem condições financeiras.

A maior explicação para essa questão repousa no fato de que o Estado pretende oferecer os livros a todo cidadão para que possa “controlar”, “manipular” ou, ainda, ter conhecimento do que é lecionado ao cidadão. A verdade é que para o Estado não é interessante ter cidadãos estudados e críticos, pois quanto maior for o conhecimento e a capacidade crítica de sua população, maiores riscos os governantes terão de serem retirados do poder em caso de não atuarem em conformidade com a lei e em prol da coletividade.

### 4. *Fat tax* e tributação maior sobre determinados bens considerados supérfluos: em prol da saúde ou do bolso?

Eis a grande questão: a *fat tax* possui escopo de prevenir doenças e tutelar a saúde da população ou possui, na verdade, a finalidade de aumentar a arrecadação do Estado?

A OMS escolheu como tema do Dia Mundial da Saúde de 2016 - que se comemora anualmente, desde 1950, a 7 de Abril – a diabetes. Para assinalar a data, Vytenis Andriukaitis esteve em Portugal e, em declarações à agência Lusa, o comissário europeu da Saúde e Segurança Alimentar expressou a sua preocupação com a situação portuguesa em relação à diabetes (a taxa mortalidade provocada por esta doença em Portugal é quase o dobro da média da União





Europeia) e enalteceu diversos instrumentos normativos e políticos que, no plano comparado, buscam combater este problema, entre os quais se inclui a tributação sobre os produtos com excesso de açúcar, nomeadamente os refrigerantes. A necessidade de tributar os produtos com alto teor de açúcar ou de sal é hoje um tema muito debatido a nível europeu – e Portugal não é exceção. ([http://www.cedipre.fd.uc.pt/observatorio/publicacoes/estudos\\_1.pdf](http://www.cedipre.fd.uc.pt/observatorio/publicacoes/estudos_1.pdf))

Questão muito polêmica é esta do aumento da tributação sobre alimentos e bens que fazem mal à saúde ou que são considerados supérfluos ou dispensáveis para a população, pois se questiona se realmente o interesse do Estado em supertributar esses produtos é pensando no bem estar coletivo ou simplesmente em arrecadar mais recursos para encher os bolsos! Como exemplos de produtos supertaxados no Brasil vejamos a seguir:

### Produtos campeões de carga tributária

Levantamento do IBPT mostra peso dos impostos em produtos

EM PORCENTAGEM

	PIS	COFINS	ICMS	IPI	Outros	Total
Cachaça	1,65	7,60	25	46	1,62	81,87
Casaco de pele vison	1,65	7,60	25	40	7,61	81,86
Vodca	1,65	7,60	25	38	9,27	81,52
Cigarro	1,65	7,60	18	48	5,17	80,42
Perfume importado	1,65	7,60	25	42	2,18	78,43
Caipirinha	1,65	7,60	25	40	2,41	76,66
Playstation	1,65	7,60	25	30	7,93	72,18
Arma de fogo	1,65	7,60	18	40	4,33	71,58
Jogos de videogame	1,65	7,60	25	32	4,93	71,18
Maquiagem	1,65	7,60	25	30	4,79	69,04
Moto acima de 250 cc	1,65	7,60	25	28	2,40	64,65
Chope	1,65	7,60	25	25	2,95	62,20
Mesa de bilhar	1,65	7,60	25	25	2,80	62,05



Infográfico elaborado em 13/3/2014

O fato é que esses bens não são indispensáveis ao homem comum, assim como o é a alimentação básica do brasileiro: o arroz com feijão! Então, nunca saberemos qual é a verdadeira finalidade estatal! Mas, o que se verifica é o contínuo interesse do Estado em aumentar cada vez mais os seus ganhos custe o que custar!



## **5. Plano Diretor das cidades e autorização para exercício de determinadas atividades profissionais e comerciais**

O Estado atua limitando e impedindo que determinadas atividades sejam construídas e exercidas em certas regiões da cidade (razão pela qual não se pode construir um prédio, por ex., em uma região que não é verticalizada), bem como a atividade estatal atua fiscalizando alguns profissionais a entrarem no mercado, conferindo licenças, habilitações, concessões.

O que se questiona, contudo, é: qual é o interesse do Estado em limitar tanto o zoneamento de atividades dentro de uma cidade, quanto o exercício profissional de determinadas categorias?

O Estado estaria agindo em prol da classe médica, por exemplo, quando exige que médicos formados no exterior se submetam à prova Revalida para poderem exercer a medicina no Brasil? Ou apenas estaria pensando no bem comum evitando que profissionais da saúde não pudessem trabalhar sem a devida comprovação de conhecimento e habilidade na atividade que executam?

Realmente, em determinadas situações não se sabe se o Estado atua a favor de determinadas categorias, classes ou interesses obscuros ou se realmente age em favor de seus cidadãos. Os exemplos são inúmeros em nosso cotidiano de casos em que o interesse coletivo é colocado em cheque!

## **6. Indústria das multas de trânsito**

Um exemplo de destaque que não se pode deixar de comentar neste momento é o da indústria de multas de trânsito. O Estado brasileiro prevê uma quantidade imensa de condutas no trânsito que ensejam a penalidade da multa. Mas, ele próprio descumpra a determinação contida no próprio Código de Trânsito Brasileiro, senão vejamos:

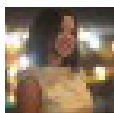
“Art. 167. Deixar o condutor ou passageiro de usar o cinto de segurança, conforme previsto no art. 65: Infração - grave; Penalidade - multa; Medida administrativa - retenção do veículo até colocação do cinto pelo infrator”.

No entanto, embora haja previsão legal de que a autoridade de trânsito deve reter o veículo até à colocação do cinto pelo infrator, o que se verifica é que o Estado apenas impõe a multa financeira, enquanto que a medida administrativa de retenção do veículo passa despercebida.

Por isso, questiona-se: o Estado não deveria se preocupar mais com a medida administrativa de obrigar efetivamente o motorista a colocar o cinto de segurança que pode salvar sua vida, do que simplesmente se preocupar com a arrecadação financeira?



Sim, é relevante e importante a crítica e o raciocínio desenvolvido ao longo do presente estudo. Pois, em não raras vezes, sentimos que o Estado se preocupa mais com o nosso bolso do que com nós mesmos! Mas, devemos crer que o Estado age em prol do bem público, e é formando cada vez mais uma consciência social e cidadãos críticos que poderemos ter um Estado mais atuante e eficaz na busca da maior suprema finalidade que é garantir a justiça social a todo e qualquer cidadão.



Re: Michael Sandel II

por [Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo Lopes](#)

Monday, 31 October 2016, 13:04

A provocação nos faz refletir que a busca por exemplos onde o mercado seria mais eficiente depende da própria concepção de Estado. Ao meu ver, temos mais ausência de Estado do que “Estado em demasia.” Mas ainda assim é possível encontrar exemplos onde o Estado deveria estar menos presente e dar mais espaço para a iniciativa privada, como é o caso das tecnologias assistivas.

No Brasil, com a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU com equivalência constitucional em 2008, o tema das tecnologias assistivas ganhou relevância. Para melhor operacionalizar os novos comandos constitucionais definidos na Convenção, o Brasil editou recentemente a Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015) que conceitua tecnologia assistiva ou ajuda técnica como produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social.

Em 2011, o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Viver sem Limite - foi criado pelo Governo Federal, com a participação do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Conade), que trouxe as contribuições da sociedade civil, como um plano estratégico voltado para pessoas com deficiência, com ações desenvolvidas por 15 ministérios, envolvendo todos os entes federados com um investimento total de R\$ 7,6 bilhões até 2014. Este é um exemplo interessante para a reflexão que se propõe. Naquilo que é obrigação direta do Estado como a oferta de serviços básicos de saúde, educação ou assistência social, o plano articula diversos equipamentos públicos incluindo as peculiaridades das pessoas com deficiência. No entanto, naquilo que não é obrigação direta do Estado, mas que este pode ser indutor do mercado, houve



estratégias de fomento para incentivar as empresas que atuam no campo a vender mais e conseqüentemente fabricar mais produtos que possam melhorar a qualidade de vida de pessoas com deficiência no cotidiano.

Um exemplo é a linha de crédito criada no Banco do Brasil para “Acessibilidade” que permite que os bens e serviços definidos em lista específica possam ser adquiridos pelo correntista que tem limite de crédito disponível e renda mensal bruta máxima de até dez salários mínimos. Dentro destas condições, qualquer cliente pode financiar um bem ou serviço para destinar a uma pessoa com deficiência sendo que o valor do financiamento pode variar do mínimo de R\$ 70 e máximo de R\$ 30 mil. Nessa ação, o Banco do Brasil já concedeu R\$ 67 milhões por meio da linha de microcrédito BB Acessibilidade para pessoas físicas adquirirem bens e serviços voltados para pessoas com deficiência. A lista compreende cadeiras de roda motorizadas, adaptações veiculares, andadores, impressoras em Braille, teclados adaptados, leitores de tela, lupas eletrônicas e mobiliário acessível. O recorte econômico da linha de crédito garante que façam uso dela aqueles que mais precisam.

Outro exemplo na mesma esteira é o Programa de Inovação em Tecnologia Assistiva, uma outra ação do Plano Viver sem Limite. Seu objetivo foi financiar o desenvolvimento tecnológico e a inovação de produtos, processos e serviços voltados para pessoas com deficiência, pessoas idosas e pessoas com mobilidade reduzida. Foram criadas duas linhas temáticas, quais sejam: desenvolvimento e/ou aperfeiçoamento de produtos, processos e serviços relacionados à tecnologia assistiva; e desenvolvimento e/ou aperfeiçoamento de produtos, processos e serviços que contribuam para a prevenção, redução ou eliminação de deficiências. O orçamento previsto para o Programa era de R\$ 150 milhões até 2014 para atividades de inovação, compreendendo a pesquisa básica e aplicada, desenvolvimento de produto, processo ou serviço, demonstração de conceito, prototipagem, compra de tecnologia, aprimoramento tecnológico, desenho industrial, primeira unidade industrial, incorporação, fusão e *joint ventures*.

Desses recursos, a previsão era de R\$ 90 milhões para serem concedidos em forma de crédito para empresas brasileiras (financiamento reembolsável) e R\$ 60 milhões aplicados na forma de recursos não reembolsáveis voltados para universidades e institutos de pesquisa, preferencialmente em projetos cooperativos com empresas, assim como para empresas em projetos de inovação com elevado risco tecnológico associado a oportunidades de mercado (subvenção econômica à inovação). Com a inclusão no Plano, a tecnologia assistiva passou a ser uma das seis áreas consideradas prioritárias na Política Operacional da Finep. O mecanismo de financiamento a empresas por meio de recursos reembolsáveis é disponibilizado pela Finep em fluxo contínuo, durante todo o ano, enquanto os mecanismos de financiamento por meio de recursos não reembolsáveis, entre os quais merecem destaque as chamadas públicas para projetos



cooperativos ICT-Empresa e as seleções públicas para Subvenção Econômica à Inovação, são lançadas por meio de editais publicados no site da Finep. As condições gerais para o financiamento reembolsável a empresas consiste na participação da Finep em até 90% das despesas do projeto; valores para o financiamento de R\$ 1 milhão a R\$ 20 milhões; encargos financeiros com taxa fixa de juros variando de 4,0% a TJLP+3,0% a.a.; garantias definidas na análise da operação, de acordo com o manual de garantias vigente na Finep; prazo de carência de até 36 meses e prazo de amortização de até 84 meses, calculados em função da combinação entre os prazos de execução dos projetos, sua geração de caixa e a capacidade de pagamento da empresa.

Faz muito mais sentido nos dois casos citados decorrentes do Plano Viver sem Limite que o Estado seja apenas indutor e não entre na operação direta. São exemplos *a contrario sensu*, ou seja, onde haveria Estado a mais e mercado a menos, se a decisão governamental à época nesses casos específicos tivesse sido de absorver a demanda no Estado e não utilizar o fomento como uma atividade administrativa.



Re: Michael Sandel II

por [Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho](#)

Tuesday, 1 November 2016, 04:16

Cara Professora Doutora Suzana Tavares da Silva e prezados colegas,

Ao refletir sobre a provocação lançada (exemplos que confirmem ou infirmem a provocação mor “onde é que há Estado a mais e mercado a menos”), contribuo com 03 exemplos para serem debatidos: 1) a abertura do mercado de seguros no Brasil; 2) o seguro garantia nas obras públicas; 3) a contratação integrada nos contratos administrativos.

As discussões acerca das vocações para as atividades privadas e públicas normalmente reproduzem preconceituosas concepções que associam a iniciativa privada ao rendimento, à eficiência, à tecnologia e à inovação, enquanto ao Poder Público são atribuídas as características inversas. Todavia, o insucesso de diversas empresas privadas, incapazes de gerar os retornos previstos, assim como exemplos da NASA, do FBI, Canal do Panamá (que se repetem em vários países) revelam que estas concepções não se escoram em distinções essenciais entre as habilidades do mercado e do Estado.



Neste sentido, verifica-se ser mais relevante para encontrar espaços de atuação mais eficaz do mercado perceber a dificuldade do Estado, por sua própria natureza, de laborar quando o elemento risco entra na equação, situação com a qual a iniciativa privada possui muito maior familiaridade. A circunstância de se entender permanente e de ter relação muito própria com seu orçamento, torna o Estado pouco hábil para tratar o componente risco em suas ações e, neste aspecto, o ingresso do mercado revela-se positivo.

De forma genérica, mas já muito vista e revista, esta é a premissa estruturante das PPP's exitosas, nas quais as ações públicas desenvolvimentistas são balanceadas por avaliações de risco oriundas do mercado. Quando Estado e mercado se reúnem para somar suas habilidades e vocações, produzem os melhores resultados.

## **1. A ABERTURA DO MERCADO DE SEGUROS NO BRASIL**

A atividade seguradora no Brasil teve início com a abertura dos portos ao comércio internacional, em 1808.

A primeira sociedade de seguros a funcionar no país foi a “Companhia de Seguros BOA-FÉ”, em 24 de fevereiro daquele ano, que tinha por objetivo operar no seguro marítimo. Com o advento da Lei nº 556, de 1850 (Código Comercial Brasileiro), houve o aparecimento de inúmeras seguradoras, que passaram a operar não só com o seguro marítimo, expressamente previsto na legislação, mas também com o seguro terrestre e o seguro de vida, este proibido antes por razões religiosas.

Por volta de 1862, surgem as primeiras sucursais de seguradoras sediadas no exterior. Ocorre que tais empresas transferiam para suas matrizes os prêmios cobrados, provocando indesejável evasão de divisas. Assim, visando a proteger os interesses econômicos do país, foi promulgada, em 1895, a Lei nº 294, determinando que suas reservas técnicas fossem constituídas e tivessem seus recursos aplicados no Brasil, para fazer frente aos riscos aqui assumidos.

O Decreto nº 4.270, de 1901, e seu regulamento anexo, conhecido como “Regulamento Murtinho”, normatizaram o funcionamento das companhias de seguros já existentes ou que viessem a se organizar no território nacional.

O Regulamento Murtinho criou a “Superintendência Geral de Seguros”, subordinada diretamente ao Ministério da Fazenda, e concentrou todas as questões atinentes à fiscalização de seguros, antes distribuídas entre diferentes órgãos. Cabia à Superintendência a fiscalização preventiva, exercida por ocasião do exame da documentação da sociedade que requeria autorização para funcionar, e a repressiva, sob a forma de inspeção direta, periódica, das sociedades.



Em 1916 foi sancionada a Lei nº 3.071, que promulgou o “Código Civil Brasileiro”, com um capítulo específico dedicado ao “contrato de seguro”. Os preceitos formulados pelo Código Civil e pelo Código Comercial passaram a compor, em conjunto, o que se chama Direito Privado do Seguro. Esses preceitos fixaram os princípios essenciais do contrato e disciplinaram os direitos e obrigações das partes, de modo a evitar e dirimir conflitos entre os interessados. Foram esses princípios fundamentais que garantiram o desenvolvimento da instituição do seguro no Brasil.

Com a promulgação da Constituição de 1937 (Estado Novo), foi estabelecido o “Princípio de Nacionalização do Seguro”. Em consequência, por meio do Decreto nº 5.901, de 1940, foram criados os seguros obrigatórios para comerciantes, industriais e concessionários de serviços públicos, pessoas físicas ou jurídicas, contra os riscos de incêndios e transportes (ferroviário, rodoviário, aéreo, marítimo, fluvial ou lacustre), e em 1939, foi criado o Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), através do Decreto-Lei nº 1.186.

As sociedades seguradoras ficavam obrigadas a ressegurar no IRB as responsabilidades que excedessem sua capacidade de retenção própria. O IRB adotou, desde o início de suas operações, duas providências eficazes, visando a criar condições de competitividade para o surgimento e o desenvolvimento de seguradoras de capital brasileiro: o estabelecimento de baixos limites de retenção e a criação do chamado excedente único.

Com a adoção de baixos limites de retenção e do mecanismo do excedente único, empresas pouco capitalizadas e menos instrumentadas tecnicamente – como era o caso das empresas de capital nacional – passaram a ter condições de concorrer com as seguradoras estrangeiras, uma vez que tinham assegurada a cobertura automática de resseguro.

Com o passar do tempo, entretanto, o modelo monopolista e centralizador começou a dar mostras de esgotamento, e de já não atender plenamente às novas exigências do mercado. Idealizado para ser fundamentalmente uma instituição ocupada com o resseguro, o IRB vinha ultrapassando os limites de suas funções originárias e assumindo um caráter de órgão fiscalizador.

Em 1966, com a edição do Decreto-Lei nº 73, o governo instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados, criando o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e a Superintendência de Seguros Privados (Susep), órgão controlador e fiscalizador da constituição e funcionamento das sociedades seguradoras e entidades abertas de previdência privada.

Dotada de poderes para apurar a responsabilidade e apenar corretores de seguros que atuam culposa ou dolosamente em prejuízo das seguradoras ou do mercado, a Susep assume, pela primeira vez no Brasil, a tutela direta dos interesses dos consumidores de seguros.



O IRB, que até então praticamente exercera funções hegemônicas na definição dos modos de operação de seguros no Brasil, passa a dividir com a Susep atribuições que, embora distintas nos termos da legislação, por quase duas décadas acabaram se superpondo em importantes aspectos.

No final da década de 60, três sinistros quase quebraram o mercado de seguros no Brasil – os incêndios que destruíram a TV Paulista, a fábrica de biscoitos Marilu e a fábrica da Volkswagen em São Bernardo –, o que chamou a atenção das autoridades para a necessidade de fortalecer as seguradoras.

Tem início, então, um processo de fusões e aquisições de seguradoras, incentivado pelo governo, que reduziu o número de seguradoras de 176, em 1970, para 97, em 1974.

Além disso, a superposição de atribuições do IRB e da Susep começou a ser reduzida no final da década de 80.

Então, assumindo na plenitude suas funções de reguladora do mercado segurador, a Susep implanta o sistema de audiência pública e aberta a todos os segmentos, para a formulação de medidas gerais e tomada de decisões, promovendo a desregulação gradual da atividade seguradora, e atendendo a expresso desejo das empresas, que pediam mais liberdade para suas operações.

O Estado passa a dar autonomia às seguradoras para a criação de produtos; a estimular a formação de empresas regionais; a modificar os critérios e requisitos para aplicação de reservas técnicas em ativos mobiliários. Além disso, acaba com a exigência de carta-patente para o funcionamento das seguradoras.

E, para enfrentar a realidade da inflação que corroía valores segurados, o Estado promove a indexação dos contratos, que passam a ser atualizados com base na correção monetária. Em 1992, a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização (Fenaseg), atualmente Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNSeg) dá publicidade a uma declaração de princípios norteadores da atividade seguradora, a Carta de Brasília, construída em torno de três princípios: compromisso com a economia de mercado e a livre competição, responsabilidade econômica e social do setor de seguros diante da população brasileira e opção pela modernidade, baseada na experiência do próprio mercado.

Pouco depois, numa ação conjunta do IRB, Susep e Secretaria de Política Econômica, é lançado o Plano Diretor do Sistema de Seguros, Capitalização e Previdência Complementar. Esse documento reafirmava a importância da desregulamentação do setor e apresentava propostas de modernização da atividade seguradora, como liberação de tarifas, controle de solvência das empresas, abertura do setor ao capital estrangeiro, redefinição do papel do corretor, fim do





monopólio do resseguro, retorno do seguro de acidente de trabalho ao setor privado, entre outras.

Em 1996, duas importantes medidas marcam a história do seguro no Brasil: a liberação da entrada de empresas estrangeiras no mercado e a quebra do monopólio do IRB. A primeira medida possibilitou que o capital estrangeiro participasse com mais de 50% do capital ou um terço das ações de seguradora brasileira, sendo o respaldo legal para que, imediatamente, mais de 20 empresas estrangeiras entrassem no Brasil, a partir de junho de 1996. A segunda medida é a Emenda nº 13 à Constituição Federal, que pôs fim ao monopólio do resseguro pelo IRB ao dar nova redação ao Art. 192, item II do texto constitucional.

A Lei Complementar nº 126/07 e suas regulamentações posteriores completaram o processo de abertura do resseguro. Em 2000, através da Lei nº 9.961, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e definidas a sua finalidade, estrutura, atribuições e receita, bem como a vinculação ao Ministério da Saúde. A ANS tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais – inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores – e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país. Tal criação se deveu ao entendimento do governo de que, devido à sensibilidade e complexidade do produto, que lida com a manutenção da vida humana, o setor de saúde suplementar carecia de um órgão regulador próprio.

A abertura do mercado brasileiro às seguradoras e resseguradoras estrangeiras mantém estreita sintonia com a tendência de globalização dos diversos mercados.

Neste exemplo, demonstra-se que as soluções de abertura de mercado se revelaram “mais justas e adequadas” do que a intervenção pública (monopólio). O Estado estava intervindo demasiadamente no serviço (seguros) e quando o Estado foi “menos”, restringindo-se à regulação, o serviço foi melhor “distribuído” pelo mercado.

Fonte: [www.tudosobreseguros.org.br](http://www.tudosobreseguros.org.br)

## **2. O SEGURO GARANTIA EM OBRAS PÚBLICAS**

Atualmente, no Brasil, a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) determina que o Estado pode exigir da empresa vencedora da licitação a prestação de garantias para a conclusão da obra ou serviços contratados (art. 56). Uma das modalidades que o contratado pode escolher é o seguro garantia. As outras são caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública e fiança bancária. A empresa vencedora que optar pelo seguro garantia contrata o seguro em favor do órgão público contratante. Em caso de descumprimento ou quebra de contrato, o



seguro banca a conclusão do empreendimento, até o limite contratado. O seguro garantia pode assegurar preço, prazo e qualidade da obra e, desta forma, ter importante contribuição para o sucesso da contratação.

A redação original da Lei 8.666/93 previa o seguro garantia como modalidade de garantia, a critério da autoridade:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º São modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro, em títulos de dívida pública ou fidejussória;

II - (VETADO).

III - fiança bancária.

§ 2º As garantias a que se referem os incisos I e III do parágrafo anterior, quando exigidas, não excederão a 5% (cinco por cento) do valor do contrato.

§ 3º (VETADO)

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

A redação original da Lei 8.666/93 foi modificada pela Lei 8.883/94, não apenas para transferir para o contratado a escolha da modalidade de garantia, mas como para atribuir limite ao seguro garantia:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: *(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

I - caução em dinheiro ou títulos da dívida pública; *(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

II - seguro-garantia; *(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

III - fiança bancária. *(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)*

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. *(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta com-



plexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. *(Redação dada pela Lei n° 8.883, de 1994)*

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

Verifica-se que a redação original preservava a essência do seguro garantia, seja na sua estipulação a critério da autoridade, seja na ausência de limite financeiro, permitindo que, como é de sua natureza, tivesse por objeto a garantia do valor integral da obra.

A limitação do seguro garantia a 5% ou 10% (nos contratos vultosos) esvaizia o seguro garantia de sua principal característica positiva: a transferência para a iniciativa privada da análise de exequibilidade do preço e o acompanhamento da execução.

Com efeito, considerando que o preço de mercado relativo ao custo da obra gira em torno de 3% do contrato, a instituição financeira, para emitir a apólice não apenas certificava-se da seriedade e consistência da proposta (preço, prazo e qualidade), como acompanhava a execução do contrato para elidir o sinistro.

O seguro garantia, em sua concepção pura e original, é um exemplo de atuação eficaz e positiva do mercado em situação na qual o Estado não consegue ter a mesma eficácia, seja na avaliação prévia das propostas de contratação, seja no acompanhamento da execução do objeto do contrato.

A restrição da garantia à um percentual pequeno da obra torna o instituto ineficaz. Neste sentido, há quem defenda que a cobertura deva ser plena, atingindo 100% do valor da obra, como ocorre nos Estados Unidos para obras acima de US\$ 25 mil.

No modelo americano, a obrigatoriedade de cobertura total já vigora há mais de cem anos. Tudo começou em 1893, quando o congresso americano aprovou a obrigatoriedade das cauções de garantias em todos os contratos governamentais. Assim, transferia para a iniciativa privada tanto o risco de inadimplência, como o trabalho de pré-qualificação das empresas, podendo desta forma aplicar com maior segurança os recursos públicos. Surgiu então, por força de lei, em 1895, em Filadélfia, a primeira seguradora especializada na modalidade de seguro garantia. Ainda no século XIX e nas primeiras décadas do século XX, a legislação específica recebeu sucessivas alterações, que a aprimoraram.



Evitou-se, por exemplo, que o Estado viesse a ser executado judicialmente pelo inadimplemento de seus contratados junto a terceiros.

O seguro garantia teve papel relevante nos investimentos públicos realizados pelo *New Deal* exatamente como mecanismo para impedir que os recursos públicos canalizados para mover a economia fossem, em época de crise, tragados.

O *Performance Bond* (seguro garantia dos EUA) é uma garantia de que a obra pública vai terminar no prazo e no preço contratado. Para isso, uma seguradora garante e os governos não se relacionam com os empreiteiros. Na prática, a exigência faz com que as seguradoras atuem como um agente fiscalizador, reduzindo a possibilidade de imprevistos e garantindo mais rigor, eficiência e transparência nas contas públicas, já que nenhuma seguradora quer se responsabilizar pela cobertura de um empreendimento sujeito a falhas e irregularidades técnicas.

Logo, este modelo parece ideal, pois transfere o risco para a iniciativa privada, dando seriedade para a concorrência. Além disso, com 100% da obra assegurada, haveria melhor checagem da exequibilidade de preços e qualidade das obras; melhores critérios de avaliação das propostas; diminuição da tendência de o Estado ser enganado pagando a mais; melhor acompanhamento e de gestão dos contratos garantidos; e aumento da ação preventiva, evitando a inadimplência contratual.

Contudo, a opção da legislação brasileira segue na direção inversa, contribuindo como uma das causas de o processo de licitação e contratação pública continuarem como fonte de desvio de recursos públicos e obras inacabadas.

Sem falar que de contratos mal cumpridos podem adir danos irreparáveis, como foi o caso em abril deste ano do desabamento de parte da Ciclovía Tim Maia, no Rio de Janeiro, deixou dois mortos; e em 2013, das obras da Arena Corinthians, em São Paulo, quando um guindaste desabou sobre o painel de LED da obra e sobre alguns caminhões que estavam próximos do local, matando duas pessoas. Só para ficar com apenas 02 exemplos. Além disso, o aumento de custo de obras durante sua execução, os atrasos e os problemas estruturais observados após seu término causam prejuízos à administração pública - e principalmente ao cidadão.

Demonstrado que a revisão da prática brasileira do seguro garantia é um tema importante a ser discutido. Por esta razão atualmente tramita no Congresso Nacional, proposta de ampliação do Seguro Garantia para obras públicas (PL 559/2015).

A proposta é baseada em estudos sobre a capacidade e a experiência das próprias seguradoras e construtoras que atuam no país e visa incremento



do mercado de seguros no Brasil com consequente aumento dos prêmios, permitindo às seguradoras a fiscalização do cumprimento do contrato, podendo até assumi-lo, se a obra parar.

Neste exemplo as soluções de mercado se revelam “mais justas e adequadas” do que a intervenção pública, que acaba por gerar prejuízo para o Poder Público, baixa qualidade na execução de obras e risco de acidentes.

### **3. A CONTRATAÇÃO INTEGRADA EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Em 2011, com a proximidade de grandes eventos esportivos no Brasil (Copa das Confederações em 2013, Copa do Mundo em 2014 e Olimpíadas em 2016), foi instituído um Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC - Lei 12.462/11.

Primeiramente, foi aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários para os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e à Copa do Mundo 2014 (incluindo obras de infraestrutura e serviços para aeroportos das capitais dos Estados, até 350km, das cidades-sede dos referidos eventos).

Posteriormente, foi ampliada a abrangência do RDC, que passou a regular também as obras de engenharia e serviços integrantes do Plano de Aceleração de Crescimento – PAC, do Sistema Único de Saúde – SUS, bem como para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

O RDC se inclina a tornar-se o regime geral das contratações públicas em virtude de: ampliar a eficiência das contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; promover a troca de experiência e de tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; incentivar a inovação tecnológica; e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para o interesse público.

Verifica-se, pois, a tendência do novo regime em prol da desburocratização e celeridade do certame.

Uma das mudanças que apontam neste sentido é a contratação integrada, permitida desde que haja justificativa técnica e econômica, que contempla a possibilidade de o licitante ter a seu cargo não só a elaboração dos projetos básico e executivo, como também a execução da obra, concentrando atividades que, no regime da Lei 8.666/93 reclamam executores diversos.

Diferentemente dos demais regimes de execução, na licitação para a contratação de serviços e obras de engenharia pelo regime de contratação integrada



não existe vedação à participação da pessoa física ou jurídica que elabore o projeto básico ou executivo como existe na Lei 8.666/93.

O modelo de contratação integrada não é desconhecido no ordenamento jurídico brasileiro. Embora seja proveniente de legislação estrangeira (como alguns Estados norte-americanos e Inglaterra), existem exemplos no regime de concessões e PPP's (parcerias público-privadas).

Na prática, a contratação integrada promove o encurtamento de ritos. Faz a soma de diversos procedimentos que seriam necessários sob o ponto de vista da licitação nos moldes usuais, resume fases e, principalmente, elimina gastos, e expurga a morosidade na execução dos contratos e o problema recorrente nos contratos de obra firmados sob a égide da Lei 8.666/93 relativa aos aditivos (de prazo e de valor).

A contratação integral encontra amparo na ideia motriz do RDC, qual seja, fazer licitação com economia de tempo e diminuição de custos e com o melhor aproveitamento possível.

Além disso, a contratação integrada apoia-se na premissa de que é a iniciativa privada que melhor sabe avaliar os riscos de seu negócio. O Estado deve se intrometer menos naquilo que não tem, por sua natureza, habilidade de avaliar, abrindo espaço para que o mercado avalie e arque com os riscos pertinentes à contratação, em prol da busca de melhores resultados que realizem, da melhor forma, o interesse público.



Re: Michael Sandel II

por [Fabio Luiz dos Passos](#) - Monday, 14 November 2016, 14:53

### **O que o Mercado deve reclamar.**

#### **Os limites morais do Estado, por Fabio Luiz dos Passos**

O tema proposto pela professora Dra. Suzana Tavares da Silva nos convida a identificar e discorrer acerca de assuntos nos quais seja possível visualizar “Estado demais” e “mercado de menos”, em uma (aparente) intromissão demasiada do Estado em assuntos melhor vocacionados ao mercado. Exatamente o oposto ou, talvez, a “prova real” da análise anteriormente realizada, a qual versava sobre o avanço do mercado sobre situações inerentes (ou melhor, vocacionadas)



ao Estado. A questão perpassa por aspectos ideológicos basilares ao tema, pois não é difícil afirmar – esta tendência tem sido bastante evidente em certas correntes de pensamento – que (quase) todas as relações humanas podem ser submetidas ao mercado e, em muitos casos, com maior eficiência que ao Estado. Encontramos neste sentido diversas argumentações pautadas na teoria de justiça utilitarista, na Análise Econômica do Direito e na ideia de Estado mínimo. Ao mesmo tempo, é possível sustentar uma supremacia do Estado sobre o mercado, limitando a mercantilização àquelas situações ou produtos nos quais não faria sentido ou não seria justificadamente eficiente a intervenção estatal. Neste sentido visualiza-se a possibilidade de regulamentação de preços mínimos e/ou máximos para todos os produtos e/ou serviços, a exemplo do que vivemos no Brasil em parte dos anos 80/90, com tabelamentos de preços alcançando desde gêneros alimentícios básicos até produtos de maior valor agregado e/ou supérfluos, ou seja, a intensiva intervenção na economia. Esta questão ideológica necessária à identificação do que é tema afeto ao mercado e do que compete à regulação estatal é cotidiana na análise da Seguridade Social e, dentro dela, da Previdência Social. É possível perceber que, mesmo quando não há a explícita discussão do tema, ele perpassa os elementos de análise da matéria. Podemos exemplificar com o seguinte excerto:

“Finalmente, deve-se assinalar as implicações econômico-fiscais do sistema previdenciário. Este, atualmente absorve pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), algo em torno de 7% do PIB em pagamentos de benefícios; arrecada dos segurados ao redor de 5% do PIB, implicando em uma “necessidade de financiamento” residual de 2% do PIB, financiada pelas contribuições de caráter tributário do Orçamento da Seguridade Social. O Sistema paga cerca de 24 milhões de benefícios previdenciários e assistenciais ao mês, fortemente concentrados no nível do salário mínimo, que representam a principal forma de intervenção da política social no combate a pobreza e a desigualdade de renda na economia brasileira. A tendência futura dessa necessidade de financiamento depende essencialmente do crescimento econômico e da paralela filiação previdenciária.”

Nesta argumentação, o autor nitidamente avalia a questão de “preço” da proteção previdenciária, segmentando a seguridade social para extrair dela apenas os “gastos” com benefícios previdenciários disponibilizados pelo Regime Geral de Previdência Social (que atende a grande massa de trabalhadores da iniciativa privada no Brasil), e compará-los com os valores arrecadados a partir de uma específica fonte de financiamento da Seguridade Social, qual seja, a tributação incidente sobre a remuneração. A conclusão (óbvia e esperada) é pela insuficiência de recursos proveniente desta fonte (específica) para financiar as prestações previdenciárias. Parece-nos que a análise realizada pelo Dr. Delgado parte de elementos intrínsecos à análise econômica não estatal, a relação direta de custo do produto/serviço, inerente ao mercado. Como referido anteriormente,



parece-nos que esta linha de argumentação, a qual se ampara em elementos da análise econômica típica do mercado para análise de decisões estatais, mormente aquelas referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais, encontra campo para sua fundamentação na análise econômica do direito, bem como, na teoria utilitarista de justiça, como observa Jair Soares Junior: Contudo, diante desta conjuntura, não é difícil perceber a grande influência que as crises econômicas (nacionais e internacionais) exercem sobre os critérios decisórios dos juízes em questões que envolvam a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. A busca da Administração Pública por uma eficiência voltada quase exclusivamente para a maximização da saúde financeira do Estado, numa perspectiva conceitual consequencialista de cunho utilitarista, ganha força em um cenário de – supostas – crises econômicas e orçamentárias a que estão submetidos, quase que de forma permanente, os países de “capitalismo periférico.” Esta influência das crises econômicas sobre as decisões judiciais pode ser percebida recentemente (26/10/2016) no julgamento da tese da desaposentação pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, onde os argumentos relacionados à crise econômica e ao (suposto) déficit previdenciário permearam os votos dos ministros que se posicionaram contrários à tese postulada pelos aposentados. No capítulo 4 do livro estudado, o autor Michael Sandel, trata sobre tema bastante próximo à matéria previdenciária, referindo-se ao seguro de zelador e aos bolões da morte, entre outras práticas, e analisa os aspectos morais de tais práticas. Os temas de seguros, incapacidade e morte tangenciam a discussão previdenciária por natureza, onde índices de mortalidade e incapacidade permeiam o planejamento do seguro, seja ele público ou privado. Há no Brasil, e acreditamos que não seja diferente em outros países, uma forte pressão das instituições financeiras no sentido de privatização, total ou parcial, da previdência (e não é diferente com a saúde). Porém, um plano de previdência deve levar em consideração, impreterivelmente, taxas de mortalidade da população e segmentada por estratos sociais/profissionais. Da mesma maneira, a depender da amplitude da cobertura previdenciária proposta, taxas de acidentabilidade. Estas informações são relevantes para o indivíduo que pretenda (ou seja compelido a) contratar uma previdência privada, mas também (e quiçá em maior medida) para a instituição financeira ou fundo de pensão responsável pelo plano de previdência, pois tais informações definem seu índice de lucratividade e mesmo a subsistência do programa/empreendimento. Toca-se então no que o professor João Carlos Loureiro denomina princípio da sustentabilidade e no Brasil costuma-se tratar por princípio do equilíbrio financeiro e atuarial (o que entendemos ser apenas parte integrante do princípio da sustentabilidade). A jurisprudência brasileira é farta de decisões que asseguram a necessidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema de previdência, sobrepondo-o à garantia de direitos individuais de proteção, mesmo quando aquela alegação de possível desequilíbrio seja absolutamente carente de comprovação. Em matéria de previdência privada (assim como nas decisões que versam sobre planos de saúde) há uma tendência ao





reconhecimento das cláusulas pactuadas em detrimento da necessidade super-veniente, como se pode observar nos seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PATROCINADOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. REGULAMENTO DA ÉPOCA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO BENEFÍCIO. INCIDÊNCIA. NORMAS REGULAMENTARES VIGENTES NA DATA DA ADESÃO. AFASTAMENTO. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA.

1. Ação ordinária em que se discute se na previdência complementar fechada o regime regulamentar para o cálculo da renda mensal inicial de benefício de prestação programada e continuada é o da data da adesão do participante ou o da data do cumprimento dos requisitos necessários à sua percepção.

2. (...)

3. (...)

4. A relação jurídica estabelecida entre o participante e a entidade fechada de previdência privada é de índole civil e não trabalhista, não se confundindo, portanto, com a relação formada entre o empregador (patrocinador) e o empregado (participante). Assim, para a solução das controvérsias atinentes à previdência privada, devem incidir, prioritariamente, as normas que a disciplinam e não outras, alheias às suas peculiaridades.

5. Seja sob a égide da Lei nº 6.435/1977 ou das Leis Complementares nºs 108/2001 e 109/2001, sempre foi permitida à entidade fechada de previdência privada alterar os regulamentos dos planos de custeio e de benefícios como forma de manter o equilíbrio atuarial das reservas e cumprir os compromissos assumidos diante das novas realidades econômicas e de mercado que vão surgindo ao longo do tempo. Por isso é que periodicamente há adaptações e revisões dos planos de benefícios a conceder, incidindo as modificações a todos os participantes do fundo de pensão após a devida aprovação pelos órgãos competentes (regulador e fiscalizador), observado, em qualquer caso, o direito acumulado de cada aderente. Daí o caráter estatutário do plano de previdência complementar, próprio do regime de capitalização. 6. Não há falar em direito adquirido, mas em mera expectativa de direito do participante, à aplicação das regras de concessão da aposentadoria suplementar quando de sua admissão ao plano, sendo apenas assegurada a incidência das disposições regulamentares vigentes na data em que cumprir todos os requisitos exigidos para obtenção do benefício, tornando-o elegível.

7. O participante de plano de aposentadoria complementar somente possuirá direito adquirido a regime regulamentar de cálculo de renda mensal inicial de benefício suplementar quando preencher os requisitos necessários à sua percepção, devendo ser ressalvado, entretanto, o direito acumulado, que, na previdência privada, possui sentido estritamente financeiro: reservas constituídas pelo participante ou reserva matemática, o que lhe for mais favorável (art. 15, parágrafo



único, da Lei Complementar nº 109/2001).

8. Não há ilegalidade no ato da entidade de previdência privada que aplicou fator redutor no cálculo da suplementação de aposentadoria do participante, visto que tão somente observou o regulamento em vigor na ocasião em que foram implementadas todas as condições de elegibilidade do benefício, ou seja, em que o direito foi adquirido, sendo descabida a pretensão de revisão da renda mensal inicial para fazer incidir fórmula não mais vigente, prevista em norma estatutária da época da adesão ao plano, quando o que reinava era apenas a mera expectativa de direito.

9. Recurso especial provido. (REsp 1443304/SE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

Ocorre que na previdência privada, seja aberta (administrada por instituição financeira) ou fechada (constituída por fundo de pensão/mútuo) a instituição/fundo tem lucratividade (ou maior rentabilidade) na hipótese de não ocorrência dos fatores que possam ensejar o deferimento da proteção contratada, ou na hipótese de esta ocorrência ser postergada no tempo. Por outro lado, a concessão precoce da proteção previdenciária contratada (como a antecipação de uma prestação de aposentadoria ou benefício por incapacidade) ou ainda a reiteração de sucessivos períodos de fruição de pensões por incapacidade representa uma situação potencialmente desvantajosa para a instituição financeira/fundo de pensão que pode (teoricamente) afetar sua sustentabilidade no longo prazo. Partindo destas premissas, a administração da previdência por instituições de mercado pode acabar afetando o direito dos indivíduos à livre escolha profissional e mesmo a práticas de lazer, pois não é difícil supor que as instituições envolvidas viariam a criar maiores dificuldades para a contratação de planos de previdência por parte daqueles indivíduos cujas atividades profissionais ou de lazer importassem em maior risco à vida ou à saúde, maior desgaste físico ou emocional ou outra condição com potencial para antecipar o recebimento de alguma das prestações contratadas. Assim como habitualmente os seguros (em geral) adotam medidas para estimular a não utilização do seguro contratado (como a concessão de descontos na renovação anual para aqueles que não utilizaram o seguro no ano antecedente), pode-se imaginar a criação de preços diferenciados (para maior), ou menor cobertura (seja em relação à duração da proteção, seja em relação ao valor da proteção) em razão da idade do indivíduo contratante, da propensão à incapacidade laborativa em razão de problemas de saúde previsíveis por histórico familiar ou exames médicos, ou ainda do exercício de atividade (profissional ou de lazer) com maior risco à vida ou à saúde. Todas estas possibilidades de afetar a proteção contratada seriam passíveis de justificação a partir dos argumentos de influência sobre o equilíbrio financeiro e atuarial do plano/sistema, e mesmo sobre a sustentabilidade do plano de previdência, e seus reflexos para a massa

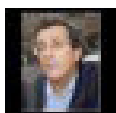


de indivíduos contratantes. Percebe-se, então, que o tema da proteção previdenciária pode ser legitimamente atribuído ao mercado e há muitos argumentos favoráveis a esta conclusão, como pode também ser legitimamente atribuído ao Estado, sendo difícil assegurar a qual das duas esferas incumbe com maior legitimidade este tema. Não é diferente com inúmeros outros temas que poderiam ser mencionados, pois sempre que existir uma potencial relação de consumo é plenamente possível alegar que se está a tratar de um tema inerente ao mercado, e não ao Estado e/ou que aquele teria maior aptidão/eficiência que este no trato da matéria. Por outro lado, o papel do Estado é o de prover o bem comum dos seus cidadãos, cujas características materiais são delineadas pela própria comunidade, seja diretamente, seja por meio de seus representantes eleitos para compor o parlamento e assim adequar a legislação às mutantes necessidades da população, ou seja, por meio da atuação jurisdicional, solucionando alguma pretensão deduzida em juízo. Somos inclinados a concluir que, assim como todo e qualquer tema que possa refletir uma potencial relação de consumo, mesmo que historicamente seja atribuído ao Estado, poderá vir a ser em algum momento arguido como inerente ao mercado, também é possível que ocorra o contrário, de modo que em determinado momento histórico é possível que um tema tradicionalmente atribuído ao mercado seja paulatinamente deslocado, por interesse dos cidadãos, para a esfera de atuação do Estado. Sandel refere, no capítulo 3, que algumas coisas (aparentemente) estão fora do mercado em razão de sua própria natureza, e entre elas elenca o amor, a amizade verdadeira e certas honrarias. Não obstante, é sabido que a satisfação de necessidades ou pretensões sexuais (embora em certa medida sejam relacionados ao amor) são historicamente objeto do mercado (quicá o mais antigo serviço disponibilizado no mercado!) e sujeito às regras de mercado, sendo que dificilmente se cogita a admissão da disponibilização de serviços sexuais como atribuição do Estado. Tem-se, porém, duas situações que ilustram como este deslocamento de uma determinada atividade naturalmente atribuída à regulação do mercado (a venda de serviços sexuais) para uma atribuição do Estado pode ocorrer. Da literatura trazemos a referência à obra "Pantaleón e as visitadoras", do escritor peruano Mário Vargas Llosa, escrito em 1973, no qual o imaginário capitão do exército peruano Pantaleón Pantoja é encarregado por seus superiores de organizar um bordel na selva amazônica a fim de atender às necessidades sexuais dos soldados do exercito peruano. Da doutrina, voltamos a citar o prof. Dr. João Carlos Loureiro o qual descreve que

"na Dinamarca, por exemplo, um cidadão portador de deficiência grave, depois da morte da sua namorada, reivindicou, em nome de um direito à realização da sua sexualidade enquanto dimensão da personalidade, o pagamento de 'serviços sexuais'"



Parece-nos então que a maior aptidão do mercado ou do Estado à produção, fornecimento ou administração de determinados bens/serviços ou atividade não é absoluta, mas sim, condizente com determinado momento histórico e/ou com os interesses (da sociedade?) em determinadas circunstâncias, sendo balizada pelas condições instrumentais que um (o mercado) ou outro (o Estado) disponham no momento.



Michael Sandel III

por [José Manuel Aroso Linhares](#) - Sunday, 23 October 2016, 21:46

**A reflexão proposta em *What money can't buy* considerada a partir do seu horizonte (entenda-se, da concepção da *Justiça* ou da *moralidade política* que leva a sério)**

JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES

Tendo o nosso diálogo cuidado até agora atentamente do problema dos *markets and morals* autonomizado por Michael Sandel — e dos exemplos de *mercantilização* que a delimitação deste problema exige, bem como daqueles que, ainda que pela negativa (mais ou menos *provocatoriamente*), tal identificação nos estimula a descobrir (aqui também como uma oportunidade para reflectir sobre os limites do diagnóstico!) —, penso que vale a pena dar atenção ao *discurso* em si mesmo (o discurso de um assumido *market skeptic*) e aos *fundamentos* ou *referentes de sentido* que o iluminam. Desde logo para perceber de que *markets* e de que *morals* (assim mesmo no plural!) — ou mais rigorosamente, de que *market reasoning* e de que *moral reasoning*, se não de que *market* e *nonmarket values*... — nos fala afinal Sandel. Será este um esclarecimento indispensável? Eu diria que é, desde logo porque nos autoriza a reformular o problema (ou parte dele). Mas também porque nos abre as portas para reflectir sobre o contributo possível (ou exigível) do direito, num confronto em que as *dramatis personae* parecem reduzir-se à *economia* e à *moral* (ou a esta última enquanto *moralidade política*): «There are moral and political questions, not merely economic ones» (Sandel, *What money can't buy*, London, Allen Lane, 2012, cit. na edição da Penguin Books, 2013, «Introduction»-«Everything for sale», p. 10). Não haverá também questões jurídicas?

Permitam-me que comece pelo núcleo do discurso de Sandel e pelos dois argumentos (*arguments for the moral limits of markets*) que recorrentemente



mobiliza, cujo alcance me dispense assim de lembrar: *the fairness argument* e *the corruption argument* [v. especialmente cap. 3, pp. 110 e ss. («Two Objections to Markets»)] Se olharmos com atenção para estas duas «objecções aos mercados», perceberemos facilmente que estas se constroem invocando registos distintos... ou mesmo mais do que isso, mobilizando interlocutores-oponentes inconfundíveis (eles próprios oponentes entre si): ao preocupar-se com a questão da «desigualdade que as escolhas de mercado podem reflectir» (ao opor-se à afirmação *free market is always fair*), o primeiro argumento (*about fairness*) confronta-se directamente com uma concepção libertária da justiça (*the claim about freedom*) ou com a interpretação dos mercados que a *idea of self-ownership* favorece (*the libertarian case for markets*)

«The libertarian claim (...) says that letting people engage in voluntary exchanges respects their freedom (...) [and] that laws that interfere with the free market violate individual liberty...» [Sandel, *Justice: What's the Right Thing to Do* (2009), London, Penguin Books, 2013, p.75)]; ao preocupar-se com o problema da «corrupção» ou «degradação» (muitas vezes irrecuperável) que os mercados provocam quando convertem em «mercadorias» certos «bens» ou «práticas», «atitudes» ou «padrões normativos» (*some of the good things in life*) [*What money can't buy*, cit., «Introduction» -«Everything for sale», p.10], o segundo argumento (*about corruption*) confronta-se por sua vez com uma concepção utilitarista da justiça (*the claim about welfare*) e com a representação dos mercados que o *greatest happiness principle* permite (*the utilitarian argument for markets*) [«The utilitarian argument (...) says that free markets promote the general welfare; when two people make a deal, both gain. As long as their deals make them better off without hurting anyone else, it must increase overall utility (*Justice*, p. 75)].

Este duplo registo, sempre de resto sustentado *no limite* (e com a radicalização dos oponentes que este pensar no *limite* justifica!), deve fazer-nos pensar: não se trata apenas de mobilizar duas frentes de combate inconfundíveis, trata-se também de pensar estas frentes com uma extensão significativa — o que pode parecer inofensivo quando se consideram as propostas utilitaristas (desde que se introduzam as indispensáveis diferenciações entre Bentham e os seus herdeiros, a começar por Mill) [para uma breve mas muito clara exposição, lembremos ainda o cap. 2 de *Justice*, p. 31 s.], mas que é bastante mais perturbador quando se descobre que o *argument of fairness*, embora se nos exponha assim mesmo (na sua imediata projecção no problema dos mercados) num confronto directo com a *free-market philosophy* de Nozick [ver o cap. 3 de *Justice*, pp. 58 e ss.], é afinal susceptível de, numa reformulação hábil (concentrada nas condições da *liberdade de escolha*, quando não na relação *liberdade-arbítrio* e na universalização racional permitida pela primeira), ser estendido aos *contratualistas* Kant e a Rawls [ver os caps. 5 e 6, pp. 103 e ss. e 140 e ss.], entenda-se, a todas as concepções da justiça que, no entendimento de Sandel, se baseiam numa *claim about freedom of choice* — o que significa que a diferença a ter em conta passa a ser a do contraponto entre *actual choices* e *hypothetical choices*



[«This approach (...) says justice means respecting freedom of choice—either the actual choices people make in a free market (the libertarian view) or the hypothetical choices people would make in an original position of equality (the liberal egalitarian view)...» (*ibid*, p. 260)].

O que me autoriza de imediato a regressar a *What money can't buy* e a fazer a pergunta prometida desde o início: será que o problema enfrentado por Sandel — suscitado embora pela expansão colonizadora do sistema económico (e pelas pretensões totalizantes da ciência económica enquanto *study of incentives*) [*What money can't buy*, cap. 2, especialmente pp. 84 e ss. («Incentives and moral entanglements»)] — é apenas o das relações entre economia e moralidade? Não será antes e principalmente o problema do litígio (se não diferendo!) que hoje separa três grandes concepções *morais* acerca da *justiça*, se quisermos, três grandes concepções de *political morality* (ou as suas projecções, mais ou menos tematizadas, nas nossas escolhas ou nas nossas práticas)? Eu diria que é.

E porque é que falo de três concepções? Muito simplesmente porque a perspectiva que autoriza Sandel a mobilizar os seus dois argumentos, quer separadamente quer em conjunto (opondo-se tanto à concepção *libertária* e *liberal-igualitária* da justiça, quanto à concepção *utilitarista*), nos traz como horizonte de sentido uma compreensão da *moralidade política* inequivocamente sustentada num regresso a Aristóteles e na representação da *comunidade* que esta reinvenção situada nos permite: «an approach (...) [which] says that justice involves cultivating virtue and reasoning about the common good...» (*Justice*, cit., p. 260) [ver os imprescindíveis caps. 8-10 de *Justice*, cit., pp. 184 e ss.]. É esta perspectiva (simultaneamente *teleológica* e *honorífica* da justiça e da moralidade política que a assume) que ilumina decisivamente a trama argumentativa de *What Money Can't Buy*, nomeadamente a sua brilhante trajectória conclusiva («Skyboxification») [*What money can't buy*, cit., pp. 201-203]. Só quando mobilizamos em pleno esta perspectiva é que o penúltimo parágrafo do ensaio que nos ocupa [aquele que começa pelas palavras «Democracy does not require perfect equality, but it does require that citizens share in a common life...» (*ibid.*, p. 203)] ganha na verdade o seu sentido. Mais do que reagir à mercantilização que nos ameaça, trata-se, com efeito, de rejeitar as duas grandes propostas (ou os dois grandes eixos de propostas) que, ao terem separado as questões da moralidade política do problema da *vida boa*, se mostram incapazes de resistir a tal mercantilização (mesmo quando «levam os direitos a sério»!):

«A just society can't be achieved simply by maximizing utility or by securing freedom of choice. To achieve a just society we have to reason together about the meaning of the good life, and to create a public culture hospitable to the disagreements that will inevitable arise...» (*Justice*, p. 261).

Uma vez reconhecido este deslocamento do problema, abrem-se vários desafios interessantes. Sugiro alguns, todos eles a abrirem caminhos (mais ou menos *provocatórios*) a uma contra-argumentação possível.



1) No início do cap. 3 de *What money can't buy* (em «What Money can and cannot buy», pp. 93-95), Sandel cita o conhecido exemplo da adoção (e do mercado de bebês) proposto por Posner, de resto com a intenção de distinguir as situações em que a mercantilização «dissolve» o bem transacionado e aquelas em que o preserva, «corrompendo-o» ou «degradando-o» embora. Um pouco mais atrás discutira já Becker e o *family market* (ver o cap. 2, em «The economic approach to life», pp. 47-51). Penso que teria sido relevante ao longo do livro ter mantido um diálogo mais explícito com o universo do *Law & Economics* em geral e com Posner em particular, não só porque seria um caminho possível para introduzir o *mundo* do direito na discussão, mas também porque os exemplos propostos se nos exporiam menos divididos — menos fragmentados pela exigência de resposta *numa dupla frente* às pretensões de igualdade-liberdade e de maximização da utilidade (e pelas heranças que estas pressupõem) — ... e assim mesmo correspondendo a um desafio unitário. A que desafio me refiro? Nada mais nada menos do que ao da reinvenção (numa única frente) das pretensões da *justice which respects freedom of choice* e da *justice which maximizes utility and welfare* (como se se tratasse de reconciliar selectivamente os argumentos de Kant e de Bentham!). O que nos leva a Posner? Seguramente. E mais precisamente ao momento em que a construção do critério da *maximização da riqueza*, deixando de corresponder a uma defesa relativamente indiferenciada de *maximizing policies* (sustentada numa justificação ainda acriticamente utilitarista), passa na verdade a traduzir a invenção *in progress* de um autêntico *critério ético (normative ethical principle or norm)* e da *filosofia moral* que o fundamenta[1] (momento que virá é certo depois ainda a ser superado por uma «relativização» pragmática, a qual no entanto se manterá fiel à categoria de inteligibilidade *valor* e, neste sentido, também plenamente compatível com uma experiência *liberal* de *consentimento*)[2].

Para conferir aos contra-argumentos de Sandel a unidade reflexiva que a proliferação de exemplos nos leva a esquecer (ou a ter dificuldade em reconstituir), nada melhor do que ouvir os argumentos de Posner (muito especialmente aqueles que este desenvolve, distinguindo *utilidade* e *valor*, num diálogo detido com a *censorial jurisprudence* de Bentham e com o que diz a «lógica repulsiva do utilitarismo»). Proponho assim uma leitura *cruzada*, sugerindo (pela sua concentração) o artigo «Wealth Maximization Revisited», in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol. 2, 1985, p. 85-105[3] ... e para um desenvolvimento, o magnífico cap. 3 («Normative Law and Economics: from utilitarianism to pragmatism») de *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2001, p. 95-141.

2) A provocação sobe de tom neste segundo desafio, uma vez que se trata já de discutir o horizonte *tripartido* pressuposto por Sandel: aquele que distingue as concepções da justiça (*as political morality*) convocando as heranças



inconfundíveis de Aristóteles, Bentham e Kant. Nada melhor para discutir este horizonte (discutindo simultaneamente o «lugar do direito») do que *ouvir* José de Sousa e Brito no seu «Falsas e verdadeiras alternativas na teoria da justiça» [*Ars iudicandi. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, 2008, vol. I, (Studia Iuridica 90; Ad Honorem 3), p. 289-334]. Trata-se na verdade de aceder ao projecto de uma nova *teoria da justiça*... ou pelo menos de tentar esclarecer o «começo» que esta *teoria* deverá levar a sério (enquanto «ponto de encontro da ética, da filosofia política e da filosofia do direito») — tentativa que mobiliza a «teoria» da *phronêsis* aristotélica (e a especificidade da sua *verdade prática*), mas agora para a submeter aos desafios produtivos de encontros relativamente inesperados, tanto com a *moralidade* de Kant (revisitada-convertida por Rawls) quanto com o *utilitarismo* de Bentham (e Mill) [Precisamente os Autores que Sander responsabiliza como protagonistas maiores pelos seus *three approaches to justice*!]. Trata-se, na verdade, de defender que o contraponto *direitos / dever / utilidade* (na paradigmática *separação* atribuída ao Dworkin de *Taking Rights Seriously*), e com este também a distinção *tripartida* entre éticas «dos direitos do homem», do «dever» e da «felicidade» — sem prejuízo de as categorias envolvidas em tais exercícios de separação nos servirem (e continuarem a servir-nos) para «caracterizar diversas correntes do pensamento ético» —, nos expõe(m) a «falsas alternativas» (a «pseudo-alternativas») quando se trata de reflectir sobre a «fundamentação *filosófica* da *teoria da justiça*»: decerto porque «a prova do utilitarismo de Bentham» se reconduz afinal ao «imperativo categórico de Kant»[4], não podendo este «imperativo», por sua vez, «desenvolver-se discursivamente em termos diferentes dos propostos por Aristóteles»[5]. Conclusão tanto mais relevante quanto é certo que se trata assim também de abrir as portas para um repensar da relação entre «razões éticas» e «razões jurídicas»... e para considerar, «partindo de baixo» («da progressiva harmonização de máximas do agir» e «da resolução de conflitos entre princípios éticos»), *verdadeiras* «alternativas do desenvolvimento do direito» — «alternativas» da teoria da justiça «em vista do direito» que assim se nos oferecem inextricavelmente como «sistemas éticos» («sistemas alternativos de dedução ética *a partir do direito*»), entenda-se, como os «sistemas da justiça» *possível* nas diferentes circunstâncias de cada *ordem jurídica*»[6] (*starting from the different legal systems of the rule of law states, alternative ethical systems can be construed from the law* ).

Não sendo este o único caminho possível para pensarmos o «lugar do direito» (não sendo este seguramente aquele que me parece exigível perante os desafios da circunstância presente!), a reflexão proposta em «Falsas e verdadeiras alternativas na teoria da justiça» revelar-se-á muito estimulante, permitindo-nos ler de outra maneira *What money can't buy*...

3) Concluo com um terceiro desafio, este agora relativo à relação *juridicidade/moralidade(s)*. Porque é que o ponto de vista do direito permanece tão





silencioso em *What money can't buy?* Posso atrever-me a dizer que se trata de persistir numa *misinterpretation* muito comum nos debates norte-americanos entre concepções *positivistas* e *não positivistas* (*misinterpretation* que infelizmente vemos generalizar-se, quase sem resistência!). Refiro-me àquela que, ao mobilizar como recursos privilegiados um tratamento específico da relação *juridicidade / moralidade* e as possibilidades de defesa ou de rejeição de uma *tese de separação* (referida ao problema da *identificação do conteúdo* do direito vigente), acaba por consagrar a assimilação aproblemática de um debate *parochially conceived* (nascido da *resposta a Dworkin* exigida pela *Hart's agenda*)... — assimilação esta que não só nos obriga a discutir o problema do «lugar do direito» assumindo uma alternativa *inescapável* (*continuum* com «outras práticas» e «formas de organização social»/ *continuum* com a *moralidade*) como também nos condena a admitir (agora sem alternativas) que a pergunta dirigida à relevância de um *momento de validade* no direito (independentemente da resposta positiva ou negativa que lhe venha a ser dada) implica abandonar uma perspectiva *jurídica* para assumir as possibilidades crítico-reflexivas de uma perspectiva *moral*. Com todas as consequências que daqui resultam para o tratamento logrado do problema da autonomia do direito... Como se o direito admitisse confrontar-se com os paradoxos da tensão *autonomia prático-normativa / heteronomia prescritiva* apenas através da *moralidade* (e na medida em que considere relevantes aquelas *razões morais* que o questionam). Com a agravante ainda de ficarmos sujeitos a uma plurivocidade (ou mesmo a uma ambiguidade) perigosa — e perigosa sobretudo porque aproblemática (ou pelo menos não directamente reflectida) — quanto ao que se haverá de entender por *moralidade*... Ou mais rigorosamente, como se a pergunta dirigida à relevância de um *momento de validade* (independentemente da resposta positiva ou negativa que lhe vier a ser dada, insisto!) nos obrigasse a identificar a *juridicidade* com o contexto (se não correlato) de uma prática de decisões contingentes (e com o regulativo coercitivamente eficaz que esta institucionaliza), ficando a recusa ou a atribuição-*integração* de exigências de sentido (que possam impor limites de validade às decisões deste regulativo) dependentes da relevância (respectivamente negativa e positiva) de uma *perspectiva moral* (e da institucionalização que esta estiver em condições de oferecer).

Sem entrar na «desconstrução» desta *misinterpretation* (com a qual de resto me tenho ocupado bastante!), permito-me apenas dizer que um dos seus problemas é precisamente a dificuldade em determinar o *sentido* ou *sentidos* da *moralidade política* que aqui se convoca, cujos limites de relevância, tanto na sua relação com a *juridicidade* como com as outras dimensões da prática estão por assim dizer longe de ser tematizados. De que *morality* estamos afinal a cuidar? Estaremos sempre a falar da mesma?



Há pelo menos aqui uma tensão que é preciso ter desde já em conta. Que tensão? Para o dizermos com Hart (sublinhando-esclarecendo uma distinção que vem de Austin... e que o diálogo com o utilitarismo tornou hoje habitual), podemos dizer que é aquela que vive do confronto entre «moralidade positiva» e «moralidade crítica» («*positive morality*» [as] *the morality actually accepted and shared by a given social group* / «*critical morality*» [referring to] *the general moral principles used in the criticism of actual social institutions including positive morality*) [Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford: Stanford University Press, 1963, p. 17-24 («Positive and Critical Morality»), citação da p. 20]]. Enriquecendo este contraponto com a ajuda de Waldron, poderíamos na verdade falar de uma tensão entre «moralidade convencional particular» e «moralidade criticamente universal» (*the moral culture of a particular community [as a] (...) body of ensemble of distinctive mores, norms, and standards* / *a critical [reflective] (...) general account of what a society must be like if it is to accommodate the sort of beings we are*) [Waldron, «Particular Values and Critical Morality», *California Law Review*, vol. 77 nº 3, pp. 561-589, citação das pp. 561, 562, 563, 582, 587]. Distinções que nos restituem ao horizonte de sentido pressuposto por Sandel e pelos seus oponentes? Certamente. E desde logo porque nos remetem para um critério de arrumação hoje comum: aquele que opõe *universalismos liberais* e *particularismos comunitaristas*, em termos tais que a *pretensão de juridicidade* apareça nos primeiros vinculada ao horizonte de uma *moralidade crítica* ou de uma *filosofia moral* — mais ou menos explicitamente justificada por uma representação da relação *necessidades / direitos* (e pela integração desta num modelo *aculturalmenteprotegido de societas*) —, em contraponto com a exigência alimentada pelos segundos, de acordo com a qual se trata afinal de compreender o direito (os muitos e particulares *direitos!*) na sua relação prioritária com cada uma das *comunidades* vigentes — como a institucionalização dos «*mores, padrões ou cânones*» que alimentam a *particularidade* moral e cultural de cada uma delas, mas também como uma conversão prático-normativa da identidade *narrativa* que as distingue (no limite, como um *sancire* autoritário da herança-*tradição* em que tais comunidades se inscrevem).

Também aqui sugiro uma leitura: a do texto de Waldron que acabei de citar, tanto mais que o encontramos disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1867&context=californialawreview> . Para além de nos permitir perceber as tensões acima aludidas, este texto será também relevante para as nossas sessões presenciais de Janeiro, quando discutirmos a concepção da *democracia* em Habermas. Não deixaremos na verdade aí de dar atenção a uma outra distinção (não menos relevante do que as anteriores): a que opõe *moralidade procedimental* e *eticidade substantiva*.

*Markets and morals* (assim mesmo no plural)? Seguramente. Desde que nesta relação admitamos reconhecer distintas reinvenções das *razões do*



*mercado* a contraporem-se às (mas também a encontrarem os seus *warrants* decisivos nas) muitas e variadas experiências da *moralidade*... O que inviabiliza qualquer representação linear da relação *economics /morality*...

[1] Que *filosofia moral*? Aquela que, iluminada pela autonomia de uma pretensão de universalidade e prolongada por outras tantas *afirmações de explicitabilidade* «corroboráveis», se propõe assimilar selectivamente as heranças de Kant e de Bentham, assim mesmo lhes contrapondo um caminho *alternativo*, não menos triunfalmente moderno — capaz de tornar possíveis os fins supremos do *consentimento individual* e da *utilidade* (*wealth maximization as an ethical norm gives weight both to utility, though less heavily than utilitarianism does, and to consent, though perhaps less heavily than Kant himself would have done*) [Posner, *The Economics of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1981, p. 98. «Law and Economics represents a fruitful synthesis of the best of utilitarianism and Kantianism»: *ibidem*, pp. 55-60, 60 e ss. («Wealth Maximization as an Ethical Concept»), 88 s. («The Consensual Basis of Efficiency»), 107 s. («Dworkin's Critique of Wealth Maximization»)]. Importando acrescentar que se revela assim uma conjugação de duas dinâmicas indispensáveis: negativa a primeira, na sua tarefa de rejeição da (até então preservada) «ética hedonística e associal do utilitarismo», positiva a segunda, enquanto defende que o programa de uma «ética» alternativa, dita de «produtividade e de cooperação social, possa (deva!) descobrir-se numa especificação-correcção lograda da herança de Pareto (se não directamente do critério de eficiência de Kaldor e Hicks) — com o *princípio da compensação potencial*, exemplarmente iluminado pela relação entre as compensações *ex ante* e as perdas *ex post*, a impor-se-nos assim legitimado por (se não, circularmente, legitimando) uma especialíssima experiência de «consenso» (a experiência de «consenso» de que a promoção do *human welfare* hoje indiscutivelmente precisa. «This assumes (...) that efficiency in the Kaldor-Hicks sense — making the pie larger without worrying about how the relative size of the slices changes — is a social value. But in our society it clearly is...» [R. Posner, «Cost-Benefit Analysis...», in Matthew Adler / Eric A. Posner (ed.), *Cost-Benefit analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 2001, p. 231].

[2] Para um esclarecimento detido destas questões (e indicações bibliográficas mais rigorosas), remeto-me para o diálogo com Posner que proponho em «Decisão Judicial, Realismo de “Complexidade” e Maximização da Riqueza : uma Conjugação Impossível?», *Boletim de Ciências Económicas*, vol. LVII (Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes) , tomo II, 2014 (publicado em 2015), pp. 1753-1790.

[3] Disponível em [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2826&context=journal\\_articles\\_](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2826&context=journal_articles_).



[4] «Falsas e verdadeiras alternativas na teoria da justiça», p. 334. «Que fica (...) da autonomia do utilitarismo frente à filosofia moral kantiana e vice-versa? Eu diria que não fica nada...» («Falsas e verdadeiras alternativas na teoria da justiça», p. 309).

[5] «Falsas e verdadeiras alternativas na teoria da justiça», p. 334. Tratando-se aqui de invocar o modelo do «silogismo prático», mas também de ter presentes as relações de «imersão da ética no direito» e de «desenvolvimento da ética a partir do direito» que, segundo Brito, Aristóteles inexcedivelmente pensou (ver, neste sentido a p. 330).

[6] «Falsas e verdadeiras alternativas na teoria da justiça», p. 334.

[7] Brito (com a colaboração de A. Serpe), «20th Century Legal Philosophy in Portugal», in Pattaro /Roversi (ed.), *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, vol. 12 ( do *Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Springer, 2013 (a publicar), secção 2.3.1.10. («Analytical Philosophy of Law: Brito»).



Re: Michael Sandel III

por [Rafael Lima Daudt D'Oliveira](#) - Friday, 16 December 2016, 19:56

Exmo. Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares e caros colegas,

### **1. Concepções Morais de Justiça: Utilitaristas, Kant e Aristóteles**

O problema encarado por Sandel no que diz respeito à mercantilização das relações sociais, pessoas e coisas, bem como dos argumentos relativos à corrupção e à injustiça que cercam esta discussão refletem, basicamente, as diferenças entre as três grandes concepções morais acerca da justiça: (i) a concepção utilitarista de Bentham e outros; (ii) a concepção libertária de Kant e (iii) a concepção aristotélica de justiça. Vejamos, sucintamente, cada uma dessas teorias.

O utilitarismo como princípio ético fundamental tem origem no Século XVIII por influência de Hutcheson, Beccaria, Helvetius, Priestley, Godwin e outros como “a máxima felicidade do maior número de indivíduos” (Richard Posner, *Fronteiras da Teoria do Direito*, tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 37). A filosofia utilitarista prescreve que a utilidade de cada objeto é definida por sua capacidade de produzir prazer ou felicidade e de evitar a dor



e o infortúnio (Jeremy Bentham, *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, Abril, São Paulo, 1979). Como aduz Posner, "o que Bentham afirma é que todas as pessoas, o tempo todo e em todas as suas atividades, baseiam as suas ações (além de suas palavras e pensamentos) em análises de custos e benefícios" (Richard Posner, *Fronteiras da Teoria do Direito*, p. 37). Um defensor do utilitarismo, portanto, pensa que um ato é moralmente permissível apenas se maximizar a felicidade geral. E, em assim sendo, (i) seria permissível fazer o que for (v.g., mentir, roubar) para promover a felicidade geral e (ii) seria obrigatório fazer tudo que estiver ao nosso alcance, independentemente do sacrifício pessoal que isso envolvesse, para promover a felicidade geral.

Na visão de Kant, os princípios morais são necessários e rigorosamente universais, uma vez que se aplicam a todos e em todas as situações possíveis. Ele designa o princípio supremo de moralidade por *imperativo categórico*: *imperativo* porque nos surge como uma ordem; *categórico* porque se nos aplica incondicionalmente. Proclama Kant: "Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal (BA 52)" (Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, tradução de Paulo Quintela e introdução de Pedro Galvão, Lisboa, Edições 70, 2001, p. 62). O imperativo categórico de Kant é expresso fundamentalmente nas fórmulas da humanidade e da autonomia. A fórmula da humanidade é posta da seguinte forma: "Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio (BA 66, 67)" (*Ibidem*, p. 73). Trata-se de reconhecer que a humanidade é o fim objetivo que fundamenta o imperativo categórico. Já a fórmula da autonomia da vontade é assim enunciada pelo filósofo alemão: "a ideia da vontade de todo ser racional concebida como vontade legisladora universal (BA 70)". Como afirma Pedro Galvão, "coloca-se aqui a exigência de agirmos segundo princípios que exprimam a autonomia da nossa vontade, pela qual Kant entende a liberdade exercida em conformidade com uma lei que o sujeito dá a si mesmo. Segundo Kant, a autonomia é a fonte do valor humanidade, sublinhado na fórmula anterior" (*Ibidem*, Introdução, p. XVI). Desse modo, segundo Kant, a vontade não está sujeita apenas à lei moral universal; eis que ela é também legisladora ou autora dessa lei e, por isso, autônoma. E é em virtude "da autonomia da sua vontade que os seres racionais têm o valor absoluto reconhecido na fórmula da humanidade (BA 79)" (*Ibidem*, Introdução, p. XLVIII). Há, ainda, uma variante importante da fórmula da autonomia conhecida por *fórmula do reino dos fins*: "Age segundo máximas de um membro universalmente legislador em ordem a um reino dos fins somente possível. (BA 84)" (*Ibidem*, p. 88). Esclarece Pedro Galvão que um reino é "uma comunidade de seres racionais unidos pelas mesmas leis. O reino dos fins é um ideal inspirador, uma comunidade meramente possível em que cada ser racional trataria todos os outros (e tratar-se-ia a si mesmo) sempre como fins



em si – limitando, portanto, os seus fins empíricos ou subjectivos em função da lei moral. Os membros do reino dos fins estão igualmente sujeitos a essa lei, mas esta é uma lei que cada um deles dá a si mesmo, exprimindo assim a sua autonomia ou capacidade de autodeterminação. O imperativo categórico diz-nos, pois, que devemos agir apenas segundo máximas cuja adopção universal resultaria na realização de um reino dos fins” (*Ibidem*, Introdução, p. XLIX). Outro aspecto importante da doutrina de Kant é que ele concebe o contrato social como ato originário, constitutivo da sociedade, como uma ideia de razão prática no qual o sujeito do contrato

“é o homem noumênico (essencial) que realiza em união com seus semelhantes, mediante o Estado, a condição de vida correspondente à sua natureza de ser racional. A obediência à lei consagrada no pacto, mais do que a consequência de uma renúncia, é o reconhecimento de um dever, a condição de liberdade, a homenagem prestada à nossa humanidade mais verdadeira e profunda” (Gioele SOIARI, *Formazione Storica Filosofica dello Stato Moderno*, Giappichelli, Turim, 1962, pp. 99-100).

Para Aristóteles, “a justiça é muitas vezes considerada a maior das virtudes” e “na justiça se resumem todas as virtudes. Com efeito, a justiça é a virtude completa no mais próprio e pleno sentido do termo, porque é o exercício atual da virtude completa” (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, tradução de Pietro Nasseti, São Paulo: Martin Claret, 2001, Livro V, p. 105). E pelos atos que praticamos em nossas relações nos tornamos justos ou injustos, uma vez que “a virtude moral é adquirida em resultado do hábito” (*Ibidem*, p. 40). Assim sendo, “tanto o homem que infringe a lei como o homem ganancioso e ímprobo são considerados injustos, de tal modo que tanto aquele que cumpre a lei como o homem honesto obviamente serão justos. O justo, portanto, é aquele que cumpre e respeita a lei e é probo, e o injusto é o homem sem lei e ímprobo” (*ibidem*, p. 104). Daí se extrai o conceito de justo universal, pois se a lei (*nómos*) é uma prescrição de carácter genérico e que a todos vincula, então seu fim é a realização do bem da comunidade, ou seja, do bem comum (justiça total ou integral).

Parece-nos, como bem apontou o Professor Doutor Aroso Linhares, que Michael Sandel adota a concepção aristotélica de justiça representada pela ideia de bem da comunidade ou bem comum associada à questão da moralidade política.

## **2. Richard Posner, a *Análise Económica do Direito* e o critério de maximização de riqueza**

Richard Posner é um dos maiores expoentes da chamada *análise económica do direito*. Ele defende a maximização de riqueza, baseada no critério de Pareto, como um “razoável guia para tomada de decisões sociais”, que “constrói uma ponte entre as filosofias utilitaristas e individualistas” (Richard A. Posner,



«Wealth Maximization Revisited», in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* 85 (1985), pp. 85-105). Numa crítica ao utilitarismo, Posner assevera que “a economia moderna desistiu de calcular a utilidade, pois isso demanda um tipo de informação sobre as preferências e emoções das pessoas que parece impossível de obter” (Richard A. Posner, *Fronteiras da Teoria do Direito*, tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2011, p. 99). E depois de tecer três principais críticas ao utilitarismo e considerar a sua lógica em si repulsiva, Posner propõe a substituição da *utilidade* pela *riqueza* (entendida esta como “a soma de todos os objetos aos quais uma sociedade atribui valor, tanto os tangíveis quanto os intangíveis”) como variável a ser maximizada, pois é mais fácil mesurar o valor que a utilidade. Portanto, “a transação de mercado é considerada o paradigma da ação moralmente adequada” (*Ibidem*, p. 101), desde que, segundo o critério de Pareto, o estado de coisas (dito ideal) não seja alterado sem se deixar nenhuma pessoa em pior situação ou seja alterado (estado de coisas superior a outro) se deixar pelo menos uma pessoa em melhor situação e nenhuma em má situação. Desse modo, quando o critério é a riqueza em vez da utilidade, não se definem posições sobre o que as pessoas querem ou deveriam querer, sendo o nível aceitável de coerção menor “porque o direito de agir segundo os próprios desejos é limitado pela disposição de pagar”, “preservando-se os valores não econômicos, como liberdade e autonomia” e, ainda, “resolve-se o problema dos limites porque a comunidade é definida como aqueles que têm dinheiro para bancar seus desejos” (*ibidem*, p. 102).

### **3. Posner: conciliação seletiva entre os argumentos de Kant e Bentham?**

Depois da leitura dos autores acima expostos, percebe-se que a provocação lançada pelo Prof. Doutor Aroso Linhares é bastante pertinente. Com efeito, um diálogo mais detido da obra de Sandel com o mundo da *análise econômica do direito* em geral e com Posner em particular seria, sem dúvida, uma forma de juridicizar a discussão e também de resposta conjunta às pretensões de igualdade-liberdade (filosofia Kantiana) e da maximização de utilidade (Bentham e seus seguidores). Isto porque a doutrina de Posner tenta reconciliar as posições de Kant e dos utilitaristas. Vimos que Kant ressalta a exigência de agirmos segundo princípios que expressem a autonomia da nossa vontade, qual seja a liberdade exercida em conformidade com uma lei que o sujeito dá a si mesmo. E a autonomia é a fonte do valor humanidade. Portanto, as fórmulas da autonomia e da humanidade constituem a essência do imperativo categórico de Kant. No critério de maximização de riqueza proposto por Posner, a ênfase é em se preservar os



valores não econômicos, como liberdade e autonomia, e na hostilidade à coerção. Neste ponto (autonomia de vontade e liberdade), é nítida a aproximação à doutrina de Kant. Contudo, pensamos que a proposta de Posner é incompatível com as fórmulas da humanidade e do reino dos fins sustentadas por Kant. Explica-se. Kant defende que a humanidade é o fim objetivo que fundamenta o imperativo categórico: os homens são fins em si mesmos, nunca meios. Esta fórmula parece ser incompatível, em algumas situações, com a maximização de riqueza baseada no critério de Pareto. Vejamos o seguinte exemplo. Suponhamos que determinado chefe de família, extremamente saudável, precise de 100 mil euros para custear os estudos do filho. Daí surge a oportunidade de ele vender um dos rins “no mercado” e ache um comprador que queira pagar 100 mil euros pela “peça” do corpo humano vendida. Vamos supor também que análises clínicas tenham comprovado a alta probabilidade de o chefe de família viver bem por muitos anos com apenas um rim. A operação econômica atendeu ao critério de Pareto, pois com a transação comercial o chefe de família ficou numa situação melhor porque conseguiu o preço que queria no “bem,” fez um negócio com autonomia de vontade e vai poder custear os estudos do filho (e ficará vivo) e, por outro lado, o comprador conseguiu o “bem” que queria pelo preço que estava disposto a pagar. Mas será que esta operação econômica está de acordo com a fórmula da humanidade defendida por Kant? Parece-nos que não. Dispor do próprio corpo, mutilando-se e abrindo mão de parte de um órgão vital em troca de dinheiro – ainda que o fim de custear os estudos de um filho seja legítimo – significa tratar o homem como meio para outra finalidade e não como fim em si mesmo, não estando, pois, em consonância com a fórmula da humanidade defendida por Kant. É bom lembrar aqui dos dizeres de Kant: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio (BA 66, 67)”. Como visto, Kant refere-se expressamente ao *uso da humanidade pela própria pessoa* como fim e nunca como meio. Focando nossa atenção agora na filosofia utilitarista, a qual advoga pela “máxima felicidade do maior número de indivíduos”, verificamos que Posner aproxima-se também desta quando afirma que a maximização de riqueza compartilha com o utilitarismo uma ênfase no valor moral dos desejos e preferências individuais.

De fato, a explicação de Posner de que a maximização de riqueza “constrói uma ponte entre as filosofias utilitaristas e individualistas” consiste em que ela compartilha com o utilitarismo uma ênfase no valor moral dos desejos e preferências individuais e com o individualismo uma hostilidade à coerção. Contudo, afirma o autor, o utilitarismo levado ao extremo criaria um potencial para redistribuição de riqueza que é inconsistente com o comprometimento com a autonomia





individual; e, ainda, um rígido comprometimento com a autonomia individual diminuiria a felicidade da sociedade numa extensão intolerável (Richard A. POSNER, «Wealth Maximization Revisited», p. 85-105).



Re: Michael Sandel III

por [Janice Silveira Borges](#) - Wednesday, 28 December 2016, 17:05

Prezados Professores e Colegas,

A grave crise econômica de 1929, consequência da adoção de um sistema liberal e legalista, teve como reação a implementação de um Estado Intervencionista, em cujos textos constitucionais foram incluídas normas de natureza econômica e social, com limitações ao poder político e com especial proteção à pessoa humana.

Nesse contexto histórico, ressalta-se, ainda, a ocorrência das Guerras Mundiais e a divulgação das atrozidades realizadas com seres humanos durante esse período. Tal situação acabou por reafirmar a preocupação de positivar e efetivar direitos existenciais, culminando na elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948.

O Estado tornou-se o grande prestador de serviços, faz intervenções diretas visando garantir materialmente direitos. O Estado se agigantou e criou novos órgãos, passando a atuar não apenas por atos administrativos, mas também por mecanismos tipicamente privados, como a criação de empresas estatais.

Todavia, o desenvolvimento do modelo social-intervencionista de Estado não se mostrou suficiente para superar os problemas econômicos. A situação de um assistencialismo exacerbado levou o Estado a um 'inchaço' de funções e atividades impossíveis de serem mantidas, isto é, a previsão de direito fundamental e sua concretização não foram acompanhadas de dotação orçamentária suficiente para que de fato fosse realizado tal direito. Soma-se a situação, o custo para a manutenção de políticas governamentais paternalistas, e conclui-se pelo colapso do sistema econômico.

Cientes dessa situação, alguns economistas resgataram as idéias clássicas de Adam Smith na obra *Riqueza das Nações*. Na referida obra, Smith defendeu que a liberdade de concorrência é a melhor opção para a alocação de



recursos, pois assim os preços seriam determinados pelo próprio mercado e se conseguiria atingir o equilíbrio. A intervenção estatal só era permitida para fins de equilibrar o mercado quando eventualmente ocorresse qualquer falha.

Mas, foi com Ronald Coase, em 1960, que se deu o início, como assim hoje é conhecida, a teoria da análise econômica do direito, ao publicar o artigo “The Problem of Social Cost”. Em síntese, Coase defendeu primeiramente, que:

“o Direito é desnecessário e indesejável para uma solução eficiente, quando a barganha é bem-sucedida. Em segundo lugar, o Direito é necessário e desejável, quando a barganha falha. (...). A externalidade não é causada apenas por uma parte, mas uma parte será obrigada a sofrer um dano. A externalidade não deve ser internalizada, necessariamente, pela parte que a causou, embora isso pareça justo. A externalidade deve ser intenalizada pela parte que a absorver com menor custo. Isso pode ser injusto, mas, em muitos casos, é mais eficiente.”

A teoria de Coase teve como suporte fático o direito de propriedade. E foi determinante ao afirmar que

“quando os direitos de propriedade são bem definidos e o curso de transação é igual a zero, a solução final do processo de negociação entre as partes será eficiente, independentemente da parte a que se atribuem os direitos de propriedade.”

Por custo de transação entende-se os custos envolvidos em uma barganha, em uma negociação, seja envolvendo bens, serviços ou direitos.

Contudo, considerando a existência de custos de transação, para Coase, a atribuição inicial de direitos pelas normas legais poderá ocasionar uma solução final que, em uma primeira hipótese, não seja a desejada ou, em uma segunda hipótese, que diminua obstáculos de uma negociação privada quando diminuírem os custos da transação. A segunda hipótese é a almejada e o caminho para se chegar nela é estruturar o Direito de modo a remover os impedimentos aos acordos privados, pois a questão que deve ser estudada nos casos envolvendo prejuízo não é apenas a de impedir o causador do dano, mas decidir se o ganho obtido com a prática do dano (proibição) é maior que o conseqüente prejuízo geral que será sofrido com esta proibição.

Assim, “é sempre possível modificar, através de transações, a atribuição inicial de direitos. E, é claro, se as transações não tiverem custo, a reorganização dos direitos vai sempre ocorrer no sentido de aumentar o valor da produção”. E nos casos que houver custo nas transações, a análise de quem deve arcar com os prejuízos decorrentes deve se passar pelo agente que melhor suportar o dano.

Diante da Teoria de Coase, o Poder Judiciário deve analisar as conseqüências econômicas de suas decisões, mesmo quando for possível a mudança da atribuição de direitos por meio das transações no mercado, pois é desejável que



se reduza das necessidades dessas transações e, por via de consequência, a necessidade de gastos de recursos na sua realização.

Richard Posner, aluno de Coase, por sua vez, defendeu que “maximização da riqueza” proporciona uma norma ética atraente para escolhas sociais e políticas. Partindo da premissa que as pessoas comportam racionalmente não apenas quando interagem nos mercados econômicos, mas também fora dele, a fim de satisfazerem suas preferências individuais, a “maximização da riqueza” une elementos, aparentemente contraditórios, do utilitarismo e os elementos kantianos.

Para Posner, a função básica do Direito era a de alterar os incentivos para buscar sempre a alocação eficiente dos recursos. Partindo do sistema da common law, o referido doutrinador entendia que os juízes deveriam decidir os casos concretos sopesando os custos relativos aos litigantes em evitar o litígio e como otimizar comportamentos futuros. Em apertada síntese, as decisões jurídicas resultariam da análise custo-benefício e as normas propriamente ditas são vistas como meros incentivos para que os indivíduos se orientem em evitar litígios e reforçar o mercado.

Em outra vertente doutrinária, mas também dentro de uma visão econômica do Direito, Guido Calabresi publicou a obra “Some Thoughts on risk distribution and Law of Torts”. O estudo baseia-se em uma análise jurídica e econômica da questão envolvendo acidentes de trânsito e a responsabilidade civil, seguros, previdência social e assistência social decorrentes do sinistro, para demonstrar a importância da verificação dos impactos econômicos quando da alocação de recursos na regulamentação legislativa e judicial.

Fato é que, independente da linha de pesquisa adotada, a AED possui como pano de fundo a interdisciplinariedade entre a Ciência Econômica e a Jurídica e a rejeição do pensamento abstrato em favor da adoção do pragmatismo e do realismo, com a finalidade de maximização de interesses na vida dos indivíduos, elegendo a perspectiva e a ciência econômica como referencial analítico da regulamentação do mercado e do sistema jurídico.

Eduardo Goulart Pimenta e Henrique Avelino R. P. Lana, destacam que as denominações Análise Econômica do Direito, Nova Economia Institucional, Análise Econômica das Organizações representam pontos de vistas diferentes sobre o mesmo assunto, mas aludem a uma mesma teoria, contendo específicas divergências no tocante à adesão principiológica histórica, econômica ou jurídica.

Leandro Fernandes, por sua vez, traz uma síntese das principais abordagens sobre o tema:

“A Escola de Chicago é apontada como mais vinculada à análise positiva, diversamente da Escola de Yale, mais tendente à análise normativa. A Escola da Escolha Pública, a seu turno, é direcionada à Ciência Política (Rachel SZTAJN. *Law and Economics. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Orga-*



nizações. Decio ZYLBERSZTAJN; Rachel SZTAJN, org. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 77), dedicando-se ao “estudo da forma como a escolha racional por parte dos indivíduos que exercem os poderes públicos explica o comportamento do Estado” (Vasco RODRIGUES, *Análise Econômica do Direito: Uma Introdução*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 23). Consoante já adiantado, parte da doutrina denomina de “Análise Econômica do Direito” uma específica corrente do movimento de Law and Economics, em contraposição à Nova Economia Institucional. Conquanto ambas possuam alguns objetivos idênticos (“analisar como a definição dos direitos em cada caso específico afeta o comportamento dos agentes econômicos”), sua diferenciação decorreria dos distintos objetos e enfoques: enquanto na “Análise Econômica do Direito” o “objeto de estudo são leis formais, e o propósito é usar a Teoria Econômica para recomendar como as leis devem ser criadas e impostas para que induzam os agentes a agir de forma eficiente”, a Nova Economia Institucional “leva em conta também outras instituições além das leis, desde instituições informais e não escritas a costumes e normas” (Bernardo MUELLER; Rachel SZTAJN; Decio ZYLBERSZTAJN, *Economia dos Direitos de Propriedade. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Decio ZYLBERSZTAJN; Rachel SZTAJN (orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 93.

Deste modo, pode-se definir a Análise Econômica do Direito como a teoria interdisciplinar que visa analisar a Ciência Jurídica, em especial as decisões legislativas, executivas e judiciárias, tendo como enfoque a economia e uma estrutura de incentivos própria desta área do saber, para se ter a real consciência de qual decisão é a mais favorável à maximização da eficiência, e, conseqüentemente, o bem estar social, dentro de uma visão mercadológica. Para tanto, adota-se uma visão de mercado ampla abrangendo não apenas recursos e utilidades de cunho patrimonial, mas também a esfera de liberdade de decisão de cada indivíduo, diante das diversas opções existentes e da recorrente escassez de recursos, que somadas devem convergir ao Bem-Estar Social.

Com enfoque jurídico, destaca Fabiano Teodoro de Rezende Lara, que

“a análise econômica do direito serve como instrumento técnico para a operação jurídica de decisão. Seria, portanto, instrumento do jurista na tradução das demandas concretas dos sujeitos para a linguagem que os poderes de decisão costumam utilizar, principalmente poderes econômicos. (...) Seu fundamento é eminentemente pragmático e tem como objetivo a solução eficiente de lides concretas. (...). Busca-se uma ideia de filosofia e, por conseqüência, de Direito, que vise ao progresso construtivo da sociedade por intermédio da adoção de um método que rejeite os preconceitos e os dogmas, ligando-se aos problemas concretos e ao seu contexto social. (...) A análise econômica do Direito tem como pressuposto a ideia de que o Direito é instrumento para conseguir fins sociais, sendo que o fim a conseguir é o da eficiência econômica.”

Na verificação da eficiência econômica no caso concreto, podem-se apontar dois critérios, a saber: Eficiência de Pareto e eficiência de Kaldor – Hicks.

O critério de Pareto determina que uma medida se mostra eficiente somente quando melhora o nível de bem estar de alguém sem piorar o nível de



bem-estar de ninguém. O critério de eficiência de Kaldor-Hicks, a seu turno, estabelece o parâmetro do somatório simples dos níveis de utilidades dos indivíduos da sociedade, dentro da perspectiva do bem estar social.

Na verdade, toda a questão relacionada com a análise econômica do direito perpassa pela relação da “ética das conseqüências” na relação entre justiça e eficiência. Os membros da sociedade buscam o seu bem estar individual, “que é medido pela utilização que o agente retira da sua decisão, bem como das decisões que poderia ter tomado e não tomou (os custos de oportunidade)” Será considerada eficiente toda “medida que tiver como conseqüência maior satisfação do maior número de indivíduos de uma sociedade”

A decisão de cada indivíduo é norteadada pela relação custo – benefício em um processo de maximização racional, isto é, é saber que entre todas as variantes, qual é a melhor, sob o ponto de vista da eficiência. A recorrente escassez de recursos, por si só, exige que as ações e decisões humanas sejam eficientes, para maximizar o resultado da opção racional feita.

O uso da racionalidade individual como método não implica, contudo, presunção de estímulo ao comportamento anti-social ou imoral, ou mesmo estímulo à concentração de riquezas. Segundo Fabiano Teodoro de Rezende Lara,

“busca-se estabelecer pressupostos para uma estrutura ótima de racionalidade na exploração dos bens. Aliás, a concentração de riquezas deve ser criticada pela teoria do valor, porque a concentração provoca ineficiência, em função da utilidade marginal dos bens.”

Toda essa análise deve ser considerada em juízo na decisão de um caso concreto. Isso porque a soma dos atendimentos individuais corresponde à idéia de bem estar coletivo.

Os casos concretos apresentados por Sandel, na obra *O que o dinheiro não compra: Os limites morais do mercado*, em especial os apresentados no capítulo 3 “como o mercado descarta a moral”, explicitam situações em que uma análise econômica de uma determinada situação pode ser prejudicial, pois “existem coisas que o dinheiro de fato não compra”, como a amizade e o reconhecimento por um trabalho e “existem coisas que o dinheiro pode comprar, mas não deveria”, como o rim humano, bebês para adoção. A colocação desses bens no mercado em nome da livre concorrência e da liberdade de escolhas que podem maximizar a riqueza podem gerar, no mínimo, dois efeitos preocupantes: a desigualdade de escolhas diante das condições reais e fatais e o desvirtuamento de valores.

Posner considera que é mais fácil saber o que os indivíduos preferem em um lugar em que o mercado é livre, pois este é capaz de adotar medidas que irão maximizar a felicidade subjetiva. Todavia, o autor não considera que



para as escolhas de mercado serem realmente livres deve-se analisar em quais condições de desigualdade no contexto social existem e que comprometem um real consentimento. Igualmente, o autor não considera o valor moral dos bens envolvidos.

De fato, como bem expressa Prof. José Manuel Aroso Linhares, na obra de Sandel faltou um diálogo mais claro sobre o direito e a economia. Talvez porque a obra tivesse como público alvo apenas economistas, ou ainda porque a realidade do mercado americano apenas permita essa mini-interpretação, ou ainda porque a formação do autor é mais ligada à Ciência Econômica. Todavia, o Direito se faz presente na realidade social e como tal deve ser considerado.

O conflito entre uma justiça que respeite a liberdade de escolhas e uma justiça que maximiza a utilidade e o bem estar somente pode se dar se as objeções ao mercado (equanimidade e corrupção), como apontadas por Sandel, forem analisadas. Não há justiça quando alguém age em condições de necessidade econômica ou ainda quando os próprios valores de justiça, e aqui vistos como senso comum, são degradados.

Ronald Dworkin critica abertamente a posição de Posner. Dworkin propõe uma compreensão do Direito enquanto sistemas de princípios que não possuem caráter estável nem estão desvinculados de uma situação concreta e que sejam capazes de oferecer a resposta correta a cada caso real. Para tanto, faz críticas implacáveis ao formalismo positivista (convencionalismo) e à filosofia jurídica utilitarista (pragmatismo).

“Dworkin chama atenção para o fato de que, nos processos judiciais, três tipos de questões, fatalmente, vêm à tona: questões de fato (o que ocorreu), questões de direito (qual a lei aplicável ao caso?) e questões ligadas à moralidade (qual o procedimento justo ou correto a ser tomado?).”

Diante dessas questões, Dworkin defende que somente é possível saber qual o Direito que deve ser aplicado em um determinado caso, seja este fácil ou difícil, se for possível proceder à interpretação das decisões políticas tomadas no passado, bem como à interpretação do próprio caso, uma vez que também devem ser considerados os fatos da questão. Será a integridade o elemento norteador dessa interpretação.

A integridade é o instrumento utilizado para se chegar à resposta correta para a situação real e se baseia

“[em] primeiro lugar, [na] pressuposição de que a comunidade política está fundada no assentimento a princípios de convivência em comum e, em segundo lugar, que o Direito se faz a partir da reconstrução interpretativa das fontes normativas à luz de tal amálgama de princípios”



Dworkin inicia seus estudos analisando as práticas sociais. Para tanto, exemplifica sua tese com casos reais do tribunal anglo-saxônico. As práticas sociais, na obra, são vistas sob dois pontos: os atos e pensamentos individuais e a prática em si (visão coletiva). O ser humano é vislumbrado como participante de uma comunidade personificada.

A referida comunidade compartilha interesses, propósitos e convicções de forma a ser suficientemente densa para possibilitar a verdadeira divergência, mas não tão densa que a divergência não possa manifestar-se, e de modo a engajar-se nos princípios de equidade, justiça e devido processo legal. Assim, a própria comunidade poderá optar por adotar ou não princípios próprios. Essa personificação da comunidade é dada pela integridade política, uma vez que será na Política que se terá o campo de debates acerca dos interesses em comum que essa sociedade adotará.

A integridade política, por sua vez, é sustentada por dois princípios: o da integridade legislativa e o da integridade inclusiva da prestação jurisdicional. O princípio da integridade legislativa exige que os legisladores tornem o conjunto de leis existentes moralmente coerentes. O princípio da integridade inclusiva na prestação jurisdicional, por sua vez, justifica-se por não poder ser a integridade imposta por si mesma; justamente por ser necessário o julgamento, isto é, a integridade deve possuir uma dimensão intersubjetiva que admita o exercício da coerção, no que tange à interpretação, na prestação jurisdicional.

O Direito como integridade é capaz de fornecer à prática do Direito uma resposta melhor do que as fornecidas pelo convencionalismo e pelo pragmatismo, pois permite que os juízes encarregados de dar soluções aos casos considerados difíceis realizem trabalhos interpretativos a respeito da prática social. Segundo o Direito como integridade, as “proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.”

A integridade condena a incoerência de princípios entre os atos do Estado personificado e defende um estilo geral de argumentação que considera a própria comunidade como um agente moral. Assim, “a integridade é exigida tanto na legislação, uma vez que os legisladores devem legislar de forma a tornar o sistema jurídico o mais coerente possível, quanto no momento da aplicação,” como no Direito para se alcançar a resposta correta ao caso concreto. Assim, a integridade é vista como “coerência principiológica do sistema de normas (...).”

A diretriz política (*policy*) é meta a ser alcançada que, “geralmente, consiste na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade,



buscando promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável.” Fundamenta-se em metas coletivas planejadas por quem, constitucionalmente, lhe fora atribuída competência para tal.

A tese do Direito como Integridade abrange a dimensão de adequação e a idéia de justificação. A adequação faz sentido por não terem os princípios, perante um caso concreto, aplicação absoluta e nem poderem ser hierarquizados. Assim, em um caso de conflito de princípios,

“o juiz, quando excepciona concretamente a aplicação de princípios concorrentes em determinado caso, apenas reconhece que estes são ou não adequados para realizar a exigência de Integralidade e de justiça naquela situação. Isso leva à conclusão de que os princípios se diferenciam das regras pela indeterminação (...), indeterminação ligada ao fato de não se poder estabelecer um escalonamento entre os mesmos e deles não preestabelecerem de forma definitiva as condições de sua aplicação. (...) Os princípios jurídicos devem ser aplicados nos limites e nos contornos das circunstâncias fáticas (adequabilidade), o que não quer dizer que eles sejam propriamente determinados por tais circunstâncias.”

Para obter a adequação lógica da argumentação são necessários os elementos:

“a) completa descrição da situação: (...), significa uma atenção redobrada na composição dos elementos fáticos e jurídicos que compõem o caso concreto (...);

b) coerência normativa: o conflito de normas para regenciar o caso resolve-se não pela predeterminação de um conteúdo material que seja hierarquicamente superior (otimizado) e por isso, dotado de uma preferência para aplicabilidade, mas em virtude de sua adequabilidade ao caso. O postulado é, novamente, ausência de contradição entre as normas, mas plena concordância para saber-se qual (is) é/são a(s) mais adequada (s) à regência. (...)”

A justificação, a seu turno, refere-se ao momento de elaboração da norma, ao respeito pelo procedimento estabelecido constitucionalmente para que uma norma seja construída, com abertura de possibilidade de participação política, a todos os membros da sociedade, na elaboração dessa norma. É por meio da justificação que se afasta a discricionariedade e o decisionismo.

Dworkin conclui defendendo que o Direito é um fenômeno social, portanto, conceito interpretativo e auto-reflexivo cuja prática é argumentativa. O Direito é uma atitude interpretativa e auto-reflexiva enquanto dirigida à política no sentido mais amplo e enquanto haja uma comunidade unida em torno de interesses próprios.

Retomando o foco central da questão, Dworkin em artigo publicado no *Journal of Legal Studies* afirmou que a problemática da AED é que ela vê a riqueza social como uma meta jurídica e considera que as decisões judiciais têm por finalidade maximizar a riqueza podendo levar à situação de atribuir direitos a quem os compraria.





Diante de tudo o exposto, deve-se passar ao estudo da concepção de Justiça, como moralidade política, no contexto atual. A Justiça nessa concepção pode ser conceituada como um princípio da moralidade que vislumbra o Direito como um ideal a ser perseguido, exigido e acatado por todos os participantes da sociedade.

Aristóteles, em apertada síntese, apresentou vários conceitos de justiça (*dikayosyne*), na maioria das vezes trazendo um paralelo entre o justo e o injusto. Com uma visão teológica, considerou a Justiça como a maior das virtudes, a disposição da alma para fazer o que é justo, a agir e a desejar nesse sentido. Segundo o pensador, a justiça é a forma perfeita de excelência moral por ser a prática efetiva da excelência moral perfeita, uma vez que os que possuem o sentimento de justiça podem praticá-lo não somente para si mesmos, mas também em relação ao próximo.

A moralidade, nesse contexto, consiste na realização de certas ações humanas para se aproximar do bem, do justo, daquilo que todas as coisas tendem. O simples falar e pensar moralmente não eram suficientes; eram necessárias ações práticas que levem os cidadãos ao fim da bondade e a polis à felicidade.

Aristoteles divide a justiça em dois conceitos, a saber, a universal (obediência às normas) e particular (hábito que realiza a igualdade, é subdividida em justiça distributiva - manutenção da ordem pública - e corretiva - repartição dos indivíduos segundo o mérito de cada um).

Para Bentham, a idéia de Justiça perpassa pelo utilitarismo. O utilitarismo é a doutrina que, moralmente, considera a utilidade o principal critério da atividade. Para o teórico, as ações humanas são orientadas pela dor e pelo prazer - a única causa eficiente da ação é, positivamente, a busca pelo prazer, ou negativamente, a fuga da dor. Conseqüentemente, é possível julgar se determinado comportamento é reto ou errado na medida em que for promotor ou constritor de maior felicidade. Contudo, a definição do que é reto não é individual, mas para toda a comunidade – deve tomar por base o mesmo raciocínio, levando em conta que o interesse comum é a soma dos anseios dos indivíduos que compõem o agrupamento social.

O grande desenvolvimento é a possibilidade que Bentham apresenta de que a felicidade seja calculada, devendo a conduta governamental ser guiada mediante essa análise. Com essa medida, é possível verificar se uma decisão governamental é reta. Basta investigar se ela é capaz de oferecer maior felicidade ao maior número de pessoas que se sujeitam a ela. Desenvolve-se, assim, uma teoria utilitarista da boa legislação.



Segundo Bentham, não existe nenhuma espécie de motivo que seja mau em si mesmo, como tampouco existe motivo algum que seja em si mesmo exclusivamente bom.

“A qualificação que se dará à ação dependerá das circunstâncias bem como da inteligência e opiniões dos avaliadores. Será sobre o seu motivo e a intenção que nasce dele, bem como de seus efeitos. A intenção é boa ou má com relação aos efeitos materiais que se esperava da mesma. Assim, não é próprio diferir os motivos entre bons e maus, mas é possível classificá-los segundo a vantagem social que costumam gerar. Para Bentham, são motivos sociais, tendentes a promover a maximização da felicidade social, a benevolência, o amor à reputação, o desejo de amizade e a religião. Motivos pessoais (self-regarding) são aqueles que importam muito mais ao próprio indivíduo do que para a sociedade como um todo e são o desejo físico, o interesse pecuniário, o amor ao poder e a autopreservação. O motivo anti-social é aquele que, via de regra conforme empiricamente verificável, tende a gerar a minimização da felicidade geral e assim é classificado o desgosto. (...). O Direito [a seu turno] vinha sendo, mesmo antes de Jeremy Bentham, diferenciado da moral e já se debatia nas academias o reconhecimento de um Direito contingente, possibilitado pela distinção entre as normas naturais e humanas. No entanto, além de reforçar a concepção estritamente social – e, portanto, histórica – do que se pode chamar efetivamente de Direito moderno, Bentham, em seu empirismo, afasta a necessidade de tratar de um suposto Direito natural em seu âmago. Possibilita que, de um lado, o Direito seja determinado como fruto de um processo formal e, de outro, viabiliza um retorno à análise do conteúdo normativo, da materialidade do Direito, mas afastando os valores naturais como adequadas referências para a sua validação ou avaliação. A noção de que não há uma vinculação pré-social – ou, ainda que social, de que não seja trazida pela natureza humana – possibilitou que o Utilitarismo desenvolvesse uma própria perspectiva acerca da boa legislação, traçando parâmetros relativamente objetivos e racionais para o soberano – hoje na figura do Estado –, cuja vontade é única fonte de Direito. Note-se que, ao contrário do quanto vinha sendo manifesto em sede do naturalismo jurídico, esse parâmetro não é elemento que confira a validade ao Direito, mas é tão somente capaz de qualificá-lo como benevolente ou não – por uma perspectiva não individualista, mas social.”

Kant, por sua vez, em resumo, parte do princípio da moralidade para ter o princípio do direito. O filósofo alemão possuía uma visão do Direito como coexistência de liberdades empíricas conforme uma lei universal de igualdade de direito entre os indivíduos. Para ele, o direito não era o resultado de uma norma segundo critérios locais e temporais, mas sim algo pertencente a uma universalidade de igualdade de direitos dos sujeitos na verificação do que é certo ou errado (critério racional). “Direito é a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdades.” Assim, uma ação será justa se ela puder coexistir com a liberdade de todos .



Se alguém restringir a liberdade de escolha do outro, caberá coação externa, que não é imoral, uma vez que viola apenas certo uso da liberdade de escolha de alguém quando este violou a lei universal.

“O direito não exige a adoção de um fim; ele tem a ver somente com a forma na relação de escolha, não com a matéria. Consequentemente, exige a mera legalidade, que é, (...), a simples conformidade ou não conformidade de uma ação com a lei, independentemente do motivo para ela.”

A Teoria da Justiça desenvolvida por Rawls, a seu turno, possui uma forte conotação social, com ênfase na noção de justiça distributiva, opondo-se ao utilitarismo e ao individualismo.

Rawls, parte do contratualismo para elaborar a Teoria da Justiça com base na equidade. “A equidade dá-se quando do momento inicial em que se definem as premissas com as quais se construirão as estruturas institucionais da sociedade.”

Cabe a cada um decidir racionalmente o que constitui o seu bem, a sua felicidade, a finalidade a ser perseguida, sem qualquer interferência e sob o véu da ignorância. típicas das situações iniciais. A ideia do contratualismo permite que um grupo de indivíduos decida por todos tudo aquilo que entre eles deva ser considerado justo ou injusto.

A Justiça, como a primeira virtude das instituições sociais, determina que toda sociedade moderna deve estar subordinada à liberdade, à prosperidade econômica ou a se sacrificar aos interesses de alguns em prol da maior utilidade dos outros. A ideia de Justiça, nessa teoria, exige a igualdade na atribuição de direitos e deveres básicos e a aceitação de que as desigualdades econômicas e sociais são possíveis se elas forem justas, isto é, se trouxerem benefícios compensatórios para cada um, em especial para os menos afortunados. Assim, as desigualdades sociais e econômicas devem ser consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável e vinculadas a posição e cargos acessíveis a todos.

Na elaboração de sua Teoria da Justiça, Rawls parte de uma concepção de justiça que não é a de sua fidelidade a uma ordem antecedente e dada por nós, mas a sua congruência com a nossa compreensão mais profunda de nós mesmos e das nossas aspirações, e a nossa percepção de que, dada a nossa história e as tradições incorporadas na vida pública, a justiça é esperada apenas para capturar a particularidade do pensamento e da prática americana (ou talvez ocidental).

A justiça como equidade defendida por Rawls se diferencia da equidade apresentada por Aristóteles. Para Rawls, a justiça como equidade dá-se no momento do contrato como forma de que todos obtêm igualmente o conhecimento, o raciocínio e o dever de obrigações e benefícios em relação ao pacto, e não igualando os indivíduos economicamente e nem buscando o bem igualmente



para todos. Aristóteles busca o bem comum, o interesse público, a igualdade de todos para todos, a equidade é no sentido universal, não apenas viver em conjunto, mas o bem viver em conjunto.

Waldron, na obra sugerida pelo Professor José Manuel Aroso Linhares, usa como exemplo três situações (a linguagem, o patriotismo e as normas culturais) para demonstrar que uma comunidade tem o direito de defender e impor seus próprios costumes, normas e padrões distintivos por meio da lei, ainda que essa aplicação possa parecer indesejável do ponto de vista mais da moral liberal ou da filosofia moral. Essa visão “comunitarista” defende que uma comunidade tem o direito de fazer isso em prol de sua própria particularidade moral e cultural, e para preservar sua identidade única, seus limites e sua herança.

A verdade é que a sociedade como um todo elege determinados valores que o Direito deve respaldar. As noções de moralidade fundamentam a predileção de determinados valores em face de outros. A forma como materializa, concretiza, essa proteção depende de sociedade para sociedade.

Uma sociedade extremamente individualista, como a norte-americana, elege a liberdade individual como fundamento central de atuação de cada um no contexto social e na busca de um consenso comum sobre quais os valores que merecem a proteção do Direito, o que pode ser considerado justo, injusto, moral ou amoral.

Uma sociedade com uma maior visão social em termos de comunidade, de participação na “polis”, que objetiva a integração de todos os participantes vistos de forma individual e comunitária, por sua vez, possui outros valores a serem protegidos, possui outra concepção de justiça e injustiça, de moralidade e de imoralidade.

Cabe ressaltar que a breve análise não tem por finalidade apontar que tipo de sociedade é o “correto”, qual deverá “prevalecer”. Na verdade, a formação histórico-social de cada nação é extremamente importante para compreender melhor o estilo de participação político-jurídica de cada.

Todavia, por mais respeito e consideração que se deva ter pelas diferenças culturais, éticas, sociais, econômicas e demais setores da vida, uma coisa resta clara: a vedação da degradação do ser humano enquanto ser humano e enquanto participante de um grupo social.

Neste ponto, o litígio que separa as concepções morais acerca da Justiça (concepção libertária, liberal-igualitária e utilitarista) é superado para que se promova a efetiva proteção da condição humana, em um sentido mais amplo do que o proposto por Hanna Arendt.



O lugar e a validade do Direito inicia-se nesse ponto, qual seja, na proteção incondicional da condição humana e da vida humana digna.

Habermas defende que a dignidade humana não é uma propriedade que se pode 'possuir' por natureza. Ela marca a 'intangibilidade' da vida humana, a qual só pode ter significado nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas. Nesse contexto, importante salientar que Habermas diferencia a dignidade da vida humana e a dignidade da pessoa humana. A dignidade da vida humana consiste no respeito que todos devem ter diante da vida humana. A dignidade da pessoa humana, a seu turno, refere-se à construção individual da história de vida de uma pessoa, por meio da socialização, isto é, no contexto público de integração de um mundo da vida partilhado intersubjetivamente.

A verdade é que os pensamentos filosóficos, sociológicos e teológicos sobre a condição humana e a dignidade humana repercutiram no Direito, de tal forma que, apesar de muitas teses sobre o tema, não há, até aos dias atuais, "uma concepção unívoca ou homogênea da expressão".

E se, em um primeiro momento, o Direito apenas apresentou teses doutrinárias, em um momento posterior, não só houve uma considerável evolução doutrinária, como também a positivação da dignidade, como princípio jurídico, por acreditarem que a positivação iria trazer a eficácia da proteção e a promoção do ser humano.

Constam os relatos históricos jurídicos que a primeira vez em que se utilizou o termo 'dignidade' em um texto legislativo foi em 1945, na Carta das Nações Unidas, aqui já mencionada. O preâmbulo do referido texto dispunha:

"reafirmamos a nossa fé nos Direitos Fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas."

Essa carta consagrou a dignidade da pessoa humana no plano internacional.

Com a evolução histórica, a comunidade política percebeu a necessidade de implantação dos regimes democráticos, que se fundamentam na pluralidade, em que a proteção e promoção do ser humano viessem a consistir em uma garantia constitucional, por meio das normas constitucionais. Para tanto, a maioria das Constituições de natureza democrática elevou à categoria de princípio jurídico a dignidade da pessoa humana. No Brasil, a Constituição promulgada em 1988 coloca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito.



A dignidade humana, enquanto norma positivada, poderá ter como parâmetro duas premissas que poderão ser usadas em um caso concreto: a primeira refere-se à intangibilidade da vida humana, a segunda, à prestação, por parte do Estado, de oferecer e possibilitar que se tenha condições para a sobrevivência humana. O estudo e a aplicação, ou não, de uma dessas premissas somente poderão ocorrer frente a uma situação real, para tanto o Estado deverá respeitar e tomar medidas para que se respeite a dignidade humana, conforme os devidos processos.

Isolar o Direito dos demais ramos do saber é retomar a Teoria Pura de Kelsen e desconsiderar as complexidades das atuais relações sociais. O Direito deve ser sim estudado em conjunto com outras aéreas.

A meu ver, é possível a convivência harmônica entre o Direito e a Economia, em especial entre a tutela da dignidade da vida humana e a Economia se esta estiver a serviço daquela. O mercado de adoção de bebês proposto por Posner, em que pese ser extremante eficiente do ponto de vista econômico, corrompe o valor da dignidade e afronta a dignidade como princípio jurídico uma vez que degrada a própria condição de ser humano. Na verdade, tal situação retomaria à tão combatida idéia do ser humano enquanto “coisa,” dando, no entanto, um novo fundamento e uma nova roupagem, a do mercado.

A corrupção da idéia de liberdade de escolha, por sua vez, desvirtua a condição humana por macular a injustiça quando alguém compra ou vende algo em condições de desigualdade ou grave necessidade econômica.

Partindo dessas premissas, justifica-se o fato de que determinados bens não devem estar no mercado. A venda de um rim ou ainda o pagamento pela doação de sangue são situações que degradam tanto o ser humano quanto a condição humana.

Em termos jurídicos práticos, tanto o mercado de bebês como a venda de um rim são situações de contrato inexistente por absoluta impossibilidade jurídica do objeto da prestação contratual. O ser humano não pode ser objeto de transação comercial, seja qual for.

O pagamento pela doação de sangue, pode até, em tese, ser considerado lícito, mas retira da sociedade um importante conceito: a solidariedade. A importância moral da solidariedade é inegável.

Valores como o altruísmo, a solidariedade social, o exercício pleno da cidadania, o espírito público e a moralidade são muito valiosos para a convivência harmônica, a atuação pela do Direito e justificam perdas de eficiência, em sentido mercadológico, para suas prossecuções. Sob esses pilares é possível construir ou reinventar um autentico critério ético e de filosofia moral capaz de determinar o que fica, ou não, a cargo do mercado.



[1] Adam SMITH, . *A riqueza das nações*. Disponível em: [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/69198/mod\\_resource/content/3/CHY%20A%20Riqueza%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/69198/mod_resource/content/3/CHY%20A%20Riqueza%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es.pdf). Acesso: 24 de setembro de 2015.

[2] Ronald H. COASE. *The problem of social cost*. Disponível em: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso: 24 de setembro de 2015.

[3] Antônio José Maristrello PORTO; Guilherme Mello GRAÇA, colab., *Análise Econômica do Direito (AED)*. Direito Rio. Fundação Getúlio Vargas Graduação. 2013.2. p. 42. Disponível em: [http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_20132.pdf](http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf). Acesso: 24 de setembro de 2015.

[4] Antônio José Maristrello PORTO; Guilherme Mello GRAÇA, colab., *Análise Econômica do Direito (AED)*.

[5] Antônio José Maristrello PORTO; Guilherme Mello GRAÇA, colab., *Análise Econômica do Direito (AED)*.

[6] Antônio José Maristrello PORTO; Guilherme Mello GRAÇA, colab., *Análise Econômica do Direito (AED)*.

[7] COASE *apud* Fabiano Teodoro de Rezende LARA. *A Análise Econômica do Direito como método e disciplina*.

[8] COASE *apud* Fabiano Teodoro de Rezende LARA. *A Análise Econômica do Direito como método e disciplina*.

[9] COASE *apud* Fabiano Teodoro de Rezende LARA. *A Análise Econômica do Direito como método e disciplina*.

[10] Richard A. POSNER. *Wealth Maximization Revisited*. Journal University of Chicaco Law School. 1985. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles) . Acesso: 20 de outubro de 2016.

[11] Richard A. POSNER. *Wealth Maximization Revisited*.

[12] Guido CALABRESI. "Some Thoughts on risk distribution and Law of Torts". Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers). Acesso: 24 de setembro de 2015.

[13] Eduardo Goulart PIMENTA; Henrique Avelino R.P. LANA. *Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>. Acesso; 24 de setembro de 2015.

[14] Leandro FERNANDES. *Metodologia da pesquisa e a análise econômica do direito: fundamentos de uma abordagem consequencialista da investigação jurídica*. Disponível em: [http://lex.com.br/doutrina\\_23130557\\_METODOLOGIA\\_DA\\_PESQUISA\\_E\\_A\\_ANALISE\\_ECONOMICA\\_DO\\_DIREITO\\_FUNDAMENTOS\\_DE\\_UMA\\_ABORDAGEM\\_CONSEQUENCIALISTA\\_DA\\_INVESTIGACAO\\_JURIDICA.aspx](http://lex.com.br/doutrina_23130557_METODOLOGIA_DA_PESQUISA_E_A_ANALISE_ECONOMICA_DO_DIREITO_FUNDAMENTOS_DE_UMA_ABORDAGEM_CONSEQUENCIALISTA_DA_INVESTIGACAO_JURIDICA.aspx). Acesso: 24 de setembro de 2015.



[15] Fabiano Teodoro de Rezende LARA. *A Análise Econômica do Direito como método e disciplina*.

[16] Antônio José Maristrello PORTO; Guilherme Mello GRAÇA, colab., *Análise Econômica do Direito (AED)*.

[17] Antônio José Maristrello PORTO; Guilherme Mello GRAÇA, colab., *Análise Econômica do Direito (AED)*.

[18] Antônio José Maristrello PORTO; Guilherme Mello GRAÇA, colab., *Análise Econômica do Direito (AED)*.

[19] Fabiano Teodoro de Rezende LARA. *A Análise Econômica do Direito como método e disciplina*.

[20] Michael J. SANDEL. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. Clovis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

[21] Richard A. POSNER. *Wealth Maximization Revisited*.

[22] “De maneira breve, o convencionalismo pode ser descrito como uma teoria que entende a prática jurídica como uma questão de respeitar e reiterar as convenções jurídicas e tratar os produtos destas como direito. O pragmatismo é uma concepção cética da prática jurídica. Esta se construiria em quaisquer decisões judiciais que os juizes produzem na tentativa de determinar o melhor para o futuro da comunidade, não se requerendo delas nenhuma consistência com o passado” (Kátia KOZICKI. *Conflito e Estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do Direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. 2000. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. p. 181).

[23] Maria de Fátima Freire de SÁ. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2.<sup>a</sup> ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 124.

[24] Rodolfo Viana PEREIRA. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 137.

[25] Ronald DWORKIN. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 272.

[26] Cíntia Garabini LAGES. “A proposta de Ronald Dworkin em *O Império do Direito*”. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 4, n. 7 e 8, p. 36-49, 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup> sem. 2001.

[27] Lúcio Antônio CHAMON JÚNIOR. *Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 52.

[28] Flávio Quinaud PEDRON. “Sobre a semelhança entre interpretação jurídica e interpretação literária em Ronald Dworkin”. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v.8, n. 15, p. 119-139, 1.<sup>o</sup> sem. 2005.





[29] Marcelo Campos GALUPPO. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 195-196.

[30] Rodolfo Viana PEREIRA. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. p. 162-163.

[31] ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo. Nova Cultural: 1996.

[32] Jeremy BENTHAM. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. São Paulo: Abril, 1979.

[33] Christian Fernandes Gomes da ROSA. "Jeremy Bentham e a constituição do conceito de direito no pensamento jurídico moderno." *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, A., 14, 2010, n.20, p. 297-310.

[34] Christian Fernandes Gomes da ROSA. "Jeremy Bentham e a constituição do conceito de direito no pensamento jurídico moderno" n.20, p. 297-310,.

[35] Jean-Christophe MERLE; Alexandre Travessoni GOMES. *A Moral e o Direito em Kant: ensaios analíticos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. p. 127.

[36] Jean-Christophe MERLE; Alexandre Travessoni GOMES. *A Moral e o Direito em Kant*, p. 133

[37] John RAWLS. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

[38] Eduardo Carlos Bianca BITTAR. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

[39] Kariana Cavalcanti. COELHO. Um conceito de Justiça através da perspectiva de John Rawls. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5509/Um-conceito-de-Justica-atraves-da-perspectiva-de-John-Rawls>. Acesso: 08 nov. 2016.

[40] Jeremy WALDRON. Particular Values and Critical Morality. California Law Review. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1867&context=californialawreview>. Acesso: 30 de out. 2016.

[41] Hannah ARENDT. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

[42] Jurgen HABERMAS. *O futuro da natureza humana*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 47.

[43] Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA. *Responsabilidade Presuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 162

[44] Antônio Junqueira de AZEVEDO. "Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana." *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 8, p. 3-24, jan-mar de 2002.



[45] CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: < <http://www.institutowara.org.br/documentos/Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas%201945.doc>>. Acesso em: 25 jul. 2006.

[46] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

[47] Hans KELSEN. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.



Michael Sandel IIIa

por [Ana Margarida Simões Gaudêncio](#) - Saturday, 29 October 2016, 17:56

Reflectindo em *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*[1] sobre o papel dos mercados nas sociedades actuais, complexas e heterogêneas, procura Michael Sandel elaborar uma abordagem crítica de uma efectiva mercantilização da subjectividade e da intersubjectividade. Uma tal abordagem denota uma pressuposição que se dirá de pendor *comunitarista* – pese embora o Autor não a assuma expressamente e se distinga de outras perspetivações ditas *comunitaristas...* –, fazendo assentar o fundamento de valoração não tanto na ideia de *objectividade de valor* (absoluto) mas numa construção dialógica pública, a que é essencial uma referência ao *suum cuique tribuere* no sentido presente na ética aristotélica, tal como se verifica já em *Justice: What's the Right Thing To Do?*[2] e em *Liberalism and The Limits of Justice*[3]. Assumindo, portanto, um juízo de *moralidade* substancialmente fundamentante da valoração da actuação (do e no *mercado*, *rectius*, na *prática* assumida como *mercado...* – constatada na extensa lista de exemplos enunciada), cujos conteúdo e pressupostos permanecem, todavia, encobertos, sob a capa de uma aparente clareza e estabilidade quanto à respectiva densificação e assimilação relacional[4]... E, neste sentido, propondo: «(...) the moral and political challenge we face today is more pervasive and more mundane – to rethink the role and reach of markets in our social practices, human relationships, and everyday lives»[5].

Numa tal pressuposição da existência de uma certa *moralidade substancial objectiva* comunitária dialogicamente constituída, legitimante da validade dos comportamentos intersubjectivamente interferentes, em confronto quer com o(s) *libertarianismo(s)* quer com o(s) *utilitarismo(s)*[6], acaba Sandel por não problematizar autonomamente, porém, os fundamentos de determinação da relevância jurídica dos comportamentos em causa e da pertinência da tutela jurídica dos novos *bens* e *serviços* apresentados como exemplos, reportando a densificação normativa da respectiva assimilação e valoração pelo *direito* às



pré-supostas opções subjacentes à respectiva absorção, no contexto em causa, pela *lei*... Reportando, assim, àquela referenciação genérica à *moralidade* – e a um concomitantemente compreendido *sujeito moral*... – a aferição do fundamento material em que assentaria a crítica à assimilação da intersubjectividade jurídica como actuação de *operadores* no mercado, e a afirmação da inadmissibilidade – assim indiferenciadamente *moral* e *jurídica*... – da regulamentação conferida à respectiva transacção de *bens* e/ou *serviços* considerados, por tal suposição de *moralidade*, de um ponto de vista *normativo* (talvez mesmo, sobretudo, *deontológico*...), como devendo situar-se, afinal, e por inerência, *fora* do *comércio jurídico*. Como que expressando assim a rejeição de uma assunção *economicista*, a substituir por uma pressuposição *moralmente substancial*, de *valor*... Porém, sem pôr autonomamente o problema do sentido e do modo de tratamento especificamente jurídico do problema em questão, antes apresentando o direito sobretudo como *lei*, e esta a confundir-se com a acrítica regulação institucional da determinação externa dos sentidos de intersubjectividade.

Uma abordagem da problematização da *produção* e *tutela* de tais novos *bens* e *serviços* – associada à mercantilização não apenas destes mas dos próprios sujeitos que os transaccionam – levada a cabo de um ponto de vista especificamente jurídico, conduzirá, diferentemente, a uma fundamental consideração da questão dos *limites da juridicidade*, e, conseqüentemente, à problematização das fronteiras de admissibilidade das relações entre a determinação dos comportamentos pelos mercados e a respectiva regulação, ou não, pelos Estados, por um lado, e a *autonomia* e *responsabilidade (jurídica)* dos sujeitos intervenientes, por outro. *Limites* estes que se desvelarão no reconhecimento da intersubjectividade que exige do direito uma resposta, e, assim, não em toda ou qualquer intersubjectividade, mas na articulação recíproca de uma específica compreensão da noção de *pessoa jurídica*, na relação entre uma certa dimensão de *autonomia* e uma certa dimensão de *responsabilidade*[7]...

Tudo o que suscitará, pelo menos, duas questões, aqui deixadas, como exemplo, no intuito de apelar directamente ao diálogo:

1) Estará o *direito* – desde logo, na sua relação com o Estado, mas longe de ficar por aí... – condenado a constituir uma *forma* regulativa *instrumental* das externamente determinadas exigências da *política* e do *mercado* – submetendo-se substancialmente às valorações finalisticamente seleccionadas, e traduzindo-se em *critérios* de efectivação consequencialmente aferidos –, ou haverá ainda *espaço*, e *tempo*, para uma valoração *material* crítica juridicamente *autónoma* sobre os *fundamentos* e os *efeitos*, por um lado, e os *meios* e os *fins*, por outro, da admissibilidade de *sujeitos* e *objectos* para as relações jurídicas – submetendo-se substancialmente a valorações axiologicamente fundamentantes, e traduzindo-se em *critérios* prático-normativamente consentâneos com os respectivos *fundamentos*? Poderá/deverá o direito proceder a tal reflexão – ou será, antes, esta já uma reflexão *moral*? E, se assim for, por referência a *que moral*?



2) Estarão os *sujeitos* intervenientes condenados a uma redução a *operadores* no mercado, com instrumentalização contínua das suas convicções e das suas práticas à voracidade da relação mercantilizada entre oferta e procura, ou, em alternativa derradeira, a uma determinação *moralizadora* de comportamentos? Estarão os limites da *autonomia* e da *responsabilidade* jurídicas – e, assim, os *limites* do direito – em transição para um novo posicionamento relativo?[8]

[1] Michael SANDEL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2012.

[2] Michael SANDEL, *Justice: What's the Right Thing To Do?*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2009, sobretudo p. 9, 28 ss..

[3] Michael SANDEL, *Liberalism and The Limits of Justice*, Cambridge, New York, Melbourne, Cambridge University Press, 1982, 1998, p. 26 ss..

[4] «Even if you agree that we need to grapple with big question about the morality of markets, you might doubt that our public discourse is up to the task. It's a legitimate worry. Any attempt to rethink the role and reach of markets should begin by acknowledging two daunting obstacles.

One is the persisting power and prestige of market thinking, even in the aftermath of the worst market failure in eighty years. The other is the rancor and emptiness of our public discourse. (...)». Michael SANDEL, *What Money Can't Buy*, p. 11. *Vide idem*, p. 11-15.

[5] Michael SANDEL, *What Money Can't Buy*, p. 15.

[6] Michael SANDEL, *What Money Can't Buy*, p. 30-41.

[7] *Vide*, neste sentido, António Castanheira NEVES, “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, in Augusto Silva DIAS et al. (Org.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito, em comemoração do 70.º Aniversário*, cit., p. 3-28, esp. p. 25-28, e “Uma reconstituição do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas”, 2009, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 1, n.º 1, 2012, disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/issue/current/showToc>, sobretudo p. 26-29.

[8] António Castanheira Neves, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições da emergência do Direito como Direito”, in R. M. Moura Ramos, C. Ferreira de Almeida, A. Marques do Santos, P. Pais de Vasconcelos, L. Lima Pinheiro, M. Helena Brito, D. Moura Vicente (Org.), *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra, vol. II, 2002, p. 837-871; também in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 9-41.





Re: Michael Sandel IIIa

por [Marcelo Rodrigues de Siqueira](#) - Wednesday, 2 November 2016, 20:41

As reflexões elaboradas pelos Doutores José Manuel Aroso Linhares e Ana Margarida Simões Gaudêncio possuem alguns pontos de interseção que revelam a identidade entre dois importantes temas.

O primeiro, de caráter mais genérico, consiste na discussão acerca da relação, ou melhor, da diferenciação entre Direito e Moral. O segundo tema, resultante do aprofundamento desse debate, reside na concepção das normas sociais sob duas perspectivas diferentes, isto é, sob as óticas liberal e comunitarista.

Há muito tempo os juristas têm se dedicado à árdua tarefa de identificar com precisão os limites que circunscrevem os campos do Direito e da Moral.

A dificuldade de segregar tais áreas talvez se deva à semelhança de suas características. Tanto as normas jurídicas quanto as morais são comandos destinados a regular o comportamento humano[i]. As experiências moral e jurídica desfrutam do mesmo status no estudo das regras de dever ser, segundo Eduardo Bittar e Guilherme Assis[ii].

Um dos precursores na pesquisa dos critérios utilizados para distinguir Direito e Moral foi Immanuel Kant. Na obra *Crítica da Razão Pura*, o autor desenvolve o seguinte raciocínio:

“Ora, como a obrigação da lei moral permanece válida para todo o uso particular que cada um faz da sua liberdade, mesmo quando os outros não se comportem em conformidade com essa lei, resulta daqui que nem a natureza das coisas do mundo, nem a causalidade das próprias ações e sua relação à moralidade determinam a maneira como as suas conseqüências se reportam à felicidade; e o laço necessário, acabado de apontar entre a esperança de ser feliz e o esforço incessante de se tornar digno da felicidade, não pode ser conhecido pela razão, se tomarmos a natureza simplesmente por fundamento; só pode esperar conhecer-se se uma razão suprema, que comanda segundo leis morais, for posta ao mesmo tempo como fundamento enquanto causa da natureza.”[iii]

Na visão de Martin Loughlin, Kant procurou identificar os princípios da razão que governariam a conduta humana. Tais princípios seriam, portanto, as bases de leis morais universais, denominadas por este como imperativo categórico.[iv]



Os requisitos fundamentais da ação moral de Kant, segundo discorre Norberto Bobbio, são apenas três: a) a ação moral destina-se a obedecer à lei do dever, sem qualquer interesse material; b) a ação moral não deve ser orientada a um fim específico, mas exclusivamente pelo *princípio da vontade*; e, c) o *único impulso compatível com a moralidade é o sentido de respeito à lei moral*, devendo ser excluído qualquer interesse subjetivo.[v]

Hans Kelsen parte de outra premissa para diferenciar Direito e Moral. De acordo com seu pensamento, diferentemente do que acontece no campo moral, o descumprimento das normas jurídicas autoriza a aplicação de sanções por uma ordem social organizada; logo, a diferença entre os dois institutos está na coação.[vi]

Nesse mesmo sentido, o jurista italiano Francesco Carnelutti também assevera que o “elemento da força constitui a verdadeira diferença entre o direito e a moral, e daí a naturalidade do direito em comparação à sobrenaturalidade da moral.”[vii]

O professor Miguel Reale, claramente inspirado nas lições de Kant e Kelsen, aduz que a Moral é uma conduta de comportamento espontânea, que encontra em si mesma a justificativa de existir. Assim, seria inconcebível qualquer tentativa de coação para se fazer cumprir um ato de índole moral.[viii]

Sem pretensões de esgotar o assunto, podemos afirmar que ao menos três teorias acerca da diferenciação entre Direito e Moral são bastante difundidas.

A Teoria do Mínimo Ético acredita que o Direito está contido na Moral, pois as normas morais mais relevantes são transpostas para normas jurídicas. A Teoria dos Círculos Secantes afirma que Direito e Moral não são totalmente independentes, uma vez que há pontos de interseção entre os dois campos. A Teoria da Separação do Direito e da Moral entende que tais áreas são autônomas, não subsistindo, portanto, relação necessária entre elas.[ix]

Embora não exista consenso quanto às fronteiras que separam Direito e Moral, não há como negar que esses dois institutos possuem características singulares.

Nesse momento torna-se importante descobrirmos se a tal Moral é única e suprema, conforme defendido por Kant, ou se, na verdade, estamos diante de várias “Morais”, como sugerem os Doutores José Manuel Aroso Linhares e Ana Margarida Simões Gaudêncio.

O texto de Jeremy Waldron, intitulado *Particular Values and Critical Morality*, deixa clara a concepção de valores morais sob as perspectivas distintas da *subjetividade e da intersubjetividade*.



No plano da subjetividade, também conhecido como liberalismo, os princípios abstratos são extraídos da própria idéia de realização individual e do respeito que as pessoas se devem entre si. Caso isso não ocorra, o liberalismo refuta as normas, assim como a comunidade que as encarna, tida como opressiva e desumana.[x]

A concepção moral liberalista está calcada principalmente na ênfase dos direitos individuais.

Em contraposição a tal perspectiva, há autores que defendem uma visão moral a partir de preocupações comunitárias tomadas como importante em seu próprio direito. Para os comunitaristas, as *normas sociais devem ser avaliadas quanto ao seu efeito sobre este eu independente*. [xi]

Nesse contexto, podemos afirmar que a abordagem levada a cabo por Michael Sandel prestigia uma visão moral comunitarista.

Tal assertiva pode ser confirmada através da resposta do autor a umas das indagações mais instigantes da obra: *Por que ficar preocupado com o fato de estarmos caminhando para uma sociedade em que tudo está a venda?* O resultado dessa transformação será desigualdade e corrupção, segundo o autor (pg. 14).

Note-se, portanto, que ambos os problemas apontados por Sandel tem cunho eminentemente social.

Numa visão maniqueísta, Francesco Carnelutti afirma que:

“Se quiséssemos resumir em uma breve fórmula as razões pelas quais os homens não conseguem viver em paz no terreno da economia, poderíamos dizer que a economia é o reinado do eu, ou seja, do egoísmo. O terreno da economia é aquele no qual se encontram diversos egoísmos, tanto dos homens quanto dos povos. Por isso, em si e por si, é o reinado da desordem.

Para pôr ordem no caos econômico e fazer desse modo com que os homens vivam em paz, é necessário substituir o egoísmo pelo altruísmo, o eu pelo tu. Se a economia é o reinado do eu, o reinado do tu é a moral.” [xii]

De tudo quanto foi dito, nos parece claro que as regras de conduta humanas podem estar restritas apenas ao plano Moral ou pertencer simultaneamente aos campos da Moral e do Direito. A configuração de cada um desses planos variará conforme os valores sociais vigentes numa determinada sociedade.

Muitos casos citados por Sandel não ocorreriam na sociedade brasileira, por exemplo, pois a regulação do Estado é muito mais ampla e rígida que a norte americana, impossibilitando, assim, o surgimento de certos mercados.



Além do ordenamento jurídico, há que se ter em conta as tendências morais de cada sociedade. O triunfo dos valores morais liberais ou comunitaristas influenciará proporcionalmente o grau de autonomia da vontade e livre iniciativa dos mercados nacionais.

[i] Hans Kelsen afirma que: “Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais.” In Hans KELSEN. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 44.

[ii] Eduardo Carlos Bianca BITTAR; Guilherme Assis de ALMEIDA. *Curso de filosofia do direito*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 439.

[iii] Immanuel KANT. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 654-655.

[iv] Martin LOUGHLIN. *Foundations of Public Law*. Oxford University Press: Oxford, 2010. p. 143.

[v] Norberto BOBBIO. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2.<sup>a</sup> edição. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 87-88.

[vi] Hans KELSEN. *Teoria pura do direito*. p. 44.

[vii] FRANCESCO CARNELUTTI. *Como nasce o direito*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Livraria Líder e Editora, 2007. p. 20.

[viii] Miguel REALE. *Lições preliminares de direito*. 27.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 43.

[ix] V. mais sobre em Miguel REALE. *Lições preliminares de direito*. p. 42.

[x] Jeremy WALDRON. “Particular Values and Critical Morality”, *Cal. L. Rev.* 77/561 (1989). Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol77/iss3/8>. p. 562.

[xi] Jeremy WALDRON. “Particular Values and Critical Morality”, 564.

[xii] FRANCESCO CARNELUTTI. *Como nasce o direito*. p. 17.







Re: Michael Sandel IIIa

por [Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho](#)

Thursday, 3 November 2016, 02:55

Cara Professora Doutora Ana Margarida Simões Gaudêncio e prezados colegas,

Ao refletir sobre as afirmações e questionamentos propostos, apoiados na leitura de Michael Sandel e Castanheira Neves, apresento minhas respostas e ponderações, utilizando, também, outros autores como o jurista baiano, Joaquim José Calmon de Passos[i], o pernambucano, Nelson Saldanha[ii], e os alemães, Robert Alexy e Karl Engish.

1) Estará o direito condenado a constituir uma forma regulativa instrumental das externamente determinadas exigências da política e do mercado, submetendo-se substancialmente às valorações finalisticamente seleccionadas, e traduzindo-se em critérios de efetivação consequencialmente aferidos? Ou haverá ainda espaço, e tempo, para uma valoração material crítica juridicamente autónoma sobre os fundamentos e os efeitos, por um lado, e os meios e os fins, por outro, da admissibilidade de sujeitos e objetos para as relações jurídicas – submetendo-se substancialmente a valorações axiologicamente fundamentantes, e traduzindo-se em critérios prático-normativamente consentâneos com os respectivos fundamentos? Poderá/deverá o direito proceder a tal reflexão – ou será, antes, esta já uma reflexão moral? E, se assim for, por referência a que moral?

Apesar de o Direito se constituir, na modernidade, no mais relevante dos instrumentos que viabilizam a conexão entre o agir do homem comum e o dos mundos do poder (política) e dos negócios (mercado) - afinal, sem o Direito, um e outro jamais lograriam interação, nem produziriam a previsibilidade e segurança indispensáveis à convivência social – *o Direito não está condenado a constituir uma forma regulativa instrumental das exigências da política e do mercado, submetendo-se substancialmente às valorações finalisticamente seleccionadas, e traduzindo-se em critérios de efetivação consequencialmente aferidos.*

De fato, hoje, o Direito está diante de um grande – o maior, talvez – de seus desafios: construir um processo de convivência harmônica em um mundo de desigualdades e de flagrante juridicização da vida, terminologia utilizada para descrever o fenômeno de crescimento exponencial do direito que a sociedade contemporânea tem experimentado.



Diariamente cresce o papel do Direito na regulação dos mais variados interesses das pessoas e dos grupamentos de pessoas. Nunca se atribuiu ao direito tanta responsabilidade nem se lhe emprestou tanto poder ou prestígio, mas também jamais esteve tão desacreditado, seja pelo critério da validade, seja pela eficácia.

Esta situação, ainda que bastante evidente nos países não desenvolvidos, nos quais nem sequer as promessas do Estado de Bem-Estar foram cumpridas, também é realidade em países desenvolvidos, nos quais as tradições dos direitos e garantias individuais assegurados pela Corte Constitucional mais longeva são ameaçados por discutíveis medidas antiterror, ou a igualdade e a fraternidade são questionadas no seu “país-berço”, a França, quando cresce a intolerância com os imigrantes, legais ou não.

Por isso, é imperioso recuperar a função específica do Direito como instrumento assegurador da liberdade conquistada na arena política. Quem deve dizer o espaço de liberdade da sociedade é a própria sociedade, politicamente. Nunca deve ser o mercado, ou o poder econômico.

Dessa forma, é necessário estimular o estudo dos fundamentos do direito (fundamentos políticos, sociais e econômicos das normas vigentes), para compreender seu sentido.

Calmon de Passos afirmava que o sentido do Direito não é libertar os *sujeitos*. Somente a mobilização política faz isso. O Direito tem outra função e finalidade: a de estabilizar o pacto de convivência, garantindo clareza aos limites conquistados.

O sistema jurídico, portanto, caracteriza/retrata uma sociedade organizada, e suas regras moldam as vidas dos homens, distinguindo-as das vidas de outros homens, pertencentes a outra sociedade que esculpiu outro sistema normativo. Logo, o direito regula a vida social de um dado povo em determinada época.

Essa ótica engloba os aspectos históricos e culturais do fenômeno jurídico, o que nos agrada pela abertura e flexibilidade, pois entendemos que o direito, como toda criação humana cultural, é algo que se encontra em permanente construção em cada sociedade. Ainda que grupos sociais pertencentes a um processo histórico similar apresentem uma evolução relativamente sincronizada, podem existir outros que ainda estejam vivenciando um direito primitivo.

O direito, portanto, é dinâmico, e reflete a realidade social de seu tempo. As Ordenações Manuelinas, por exemplo, serviram, bem ou mal, para a sociedade daquele tempo. Neste sentido, cabe, embora extensa a transcrição a seguir, de Calmon de Passos:



(...) tento demonstrar inexistir um Direito previamente dado ao homem, cuja tarefa seria apenas identifica-lo e aplica-lo; sim, algo que lhe cumpre produzir, pela necessidade de ordenar aquilo que por si mesmo jamais se ordenaria – a convivência social. O Direito é, portanto, o que dele faz o processo de sua produção. Isto nos adverte que ele nunca é algo dado, pronto, pré-estabelecido ou pré-produzido, cuja fruição é possível mediante simples utilização do já feito e acabado. O Direito, em verdade, é produzido em cada ato de sua produção e subsiste com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado.

(...) O Direito é sempre e necessariamente um discursos do poder. Tanto a solução macro quanto a solução micro para os conflitos revestem-se, necessariamente, do caráter de decisões de poder. Juridiciza-se a decisão política e assim se institucionaliza um sistema jurídico cuja ponta terminal é a aplicação ao caso concreto, das regras que o constituem, assegurando-se a coerência necessária entre o enunciado como Direito e o que como Direito deve ser aplicado. Inexiste, portanto, um Direito ideal, modelo, arquétipo, em cuja realização estamos empenhados. Há, sim, um sistema jurídico dentro do qual atuamos e em sintonia com o qual atuamos. Todo direito é socialmente construído, historicamente formulado, atendendo ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atua e à correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele, poder político, se institucionalizou. (J.J Calmon Passos. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 03/04)

Como consequência da lição acima estamos a dizer que o Direito não está condenado a morrer antes da sociedade, apenas desaparecerá com ela; evoluirá como ela evoluir e irá sempre refleti-la, regulando os bens da vida que não existem em quantidade e qualidade para atender aos interesses e desejos de todos, situação que aproxima o direito da economia – ciências cuja “pureza” se questiona, posto que não estão imunes à política, sociologia, história, poder, etc...

Com efeito, a tese afirmada pelo positivismo jurídico de que Direito e moral deveriam ser separados e que as definições tanto do conceito quanto da validade do Direito deveriam ser isentas de moral estava incorreta, por isso o positivismo jurídico fracassou como teoria abrangente do direito. O Direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais. Neste sentido, Robert Alexy leciona:

Existem conexões conceitualmente necessárias entre direito e moral e existem razões normativas para que as definições de direito e de validade do direito incluam elementos morais. (Robert ALEXY. *Conceito e validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 04)

Com isso, pode-se dizer que o *Direito deverá proceder à reflexão acerca de quais bens da vida deve regular e de que forma, mergulhado profundamente na moral da sociedade que o produz.*

Neste ponto, cabem as reflexões de Michael Sandel, no livro ora debatido quando afirma no último capítulo do livro:



“(...) tendo constatado que o mercado e o comércio alteram o caráter dos bens, precisamos nos perguntar qual o lugar do mercado e onde é que ele deve estar. E não podemos responder a essa pergunta sem examinar o significado e o objetivo dos bens, assim como os valores que devem governá-los.”

Quando o autor defende que não podemos nos afastar dos valores, ele está a dizer que nós não podemos esvaziar nosso discurso e nossa conduta da moral. Ele continua: “Nossa única esperança de manter o mercado em seu devido lugar é discutir aberta e publicamente o significado dos bens e das práticas sociais que valorizamos.” E aqui acrescento: das práticas sociais que regulamos.

Michael Sandel também adverte que precisamos nos perguntar em que tipo de sociedade desejamos viver. E sabemos que essa resposta fundamentará o Direito que regerá nossas relações e regulará nossos bens.

Por isso, enquanto houver sociedade, *ainda haverá espaço, e tempo, para uma valoração material crítica juridicamente autónoma sobre os fundamentos e os efeitos, por um lado, e os meios e os fins, por outro, da admissibilidade de sujeitos e objetos para as relações jurídicas – submetendo-se substancialmente a valorações axiologicamente fundamentantes, e traduzindo-se em critérios prático-normativamente consentâneos com os respectivos fundamentos.*

Porque, no final de contas, como conclui Sandel, a questão é “tentar descobrir como queremos viver juntos.” Nós é que deveremos, também, decidir quais os “bens morais e vívidos que não são honrados pelo mercado e que o dinheiro não compra.”

**2. Estarão os sujeitos intervenientes condenados a uma redução a operadores no mercado, com instrumentalização contínua das suas convicções e das suas práticas à voracidade da relação mercantilizada entre oferta e procura, ou, em alternativa derradeira, a uma determinação moralizadora de comportamentos? Estarão os limites da autonomia e da responsabilidade jurídicas – e, assim, os limites do direito – em transição para um novo posicionamento relativo?**

Como visto na resposta ao *item 1*, a tarefa dos *sujeitos* intervenientes não é simplesmente identificar o Direito e aplicá-lo. Cabe aos *sujeitos* produzir o Direito, ordenando aquilo que, por si mesmo, jamais se ordenaria: a convivência social e seus limites. Portanto, o Direito é o resultado daquilo que os sujeitos pactuam, e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado. Por isso, Nelson Saldanha reafirma que o fenômeno jurídico deve ser entendido como uma constante das sociedades humanas, comportando uma mutabilidade histórica:

O direito ocorre nas sociedades como uma estruturação de base ético-política, destinada a resolver problemas que quase sempre se caracterizam como “conflitos.” Uma estruturação que se pretende estável, mas que frequentemente muda, altera-se, reconstrói-se. (Nelson SALDANHA. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 06)



A qualidade dinâmica do direito quer dizer que a extensão de sua aplicabilidade, ou o uso de seus termos, pode ser legitimamente alterada com o tempo. Direito não é um conceito dotado de precisão absoluta. Como visto, direito é um conceito com contornos imprecisos e muda com o passar dos anos, em razão de ter/ser uma linguagem de textura aberta. E isso é de uma importância fundamental para a evolução do próprio direito e de sua adequação à evolução humana.

O homem é um ser simbólico (fala, gesticula, ri, chora, fabrica, trabalha, brinca, dança, canta, joga, medita...) e essa aventura infinita de suas linguagens o faz. Ele não se relaciona com o mundo sem tentar, a todo o tempo, modificá-lo. A comunicação é um requisito essencial para a modificação do mundo. E, também, imprescindível para a vida em sociedade.

Assim, como seres racionais, históricos e relacionais, deveremos, enquanto sociedade, por meio do diálogo e da comunicação, encontrar respostas, fixar limites, alterar o direito, se necessário, e impor diretivas ao processo econômico e às atividades do mercado, colocando-as a serviço da coletividade, e adequadas a nosso tempo e a nossas necessidades.

Karl Engisch tem uma passagem interessante que demonstra como a dinâmica da sociedade reflete nas configurações do Estado e do Direito, vejamos:

O sol, a lua, as estrelas brilham hoje da mesma forma que há milhares de anos atrás; a rosa desabrocha ainda hoje tal como no paraíso; o Direito, porém, tornou-se desde então diferente. O casamento, a família, o Estado, a propriedade passaram pelas mais diversas configurações. (Karl ENGISH. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 16)

É através da infraestrutura comunitária ou grupal que acontecerão as mudanças que se fazem necessárias, inclusive estruturais. Só a consciência participativa poderá criar novas e melhores condições de vida no planeta. Só com essa consciência mais comunitária e menos individualista é que poderão ser efetivamente respeitados o Estado Social e a Constituição e reduzida a pobreza, respeitando os direitos humanos.

No caso das discussões trazidas por Michael Sandel no livro ora examinado, é chegado o tempo da sociedade analisar o mercado, e se perguntar se existem coisas que o dinheiro não pode comprar, e, enfim, traçar, se assim entender, limites morais a certos negócios.

Afinal, se nós (os *sujeitos*) não formos capazes de minimizar os efeitos destrutivos do mercado nas relações da vida social; se não escolhermos agir em defesa de nossa permanência como humanidade, sucumbiremos todos. Temos de desenvolver a capacidade de nos posicionarmos criticamente (de maneira cívica e moral) diante do mercado, impedindo que a compra e venda de certos bens lhes corrompa e descaracterize a essência.



Portanto, os *sujeitos* devem se reinventar e aprender uma nova forma de coexistir e de conviver, repensando o papel que os mercados devem desempenhar na sociedade. Dessa maneira, *os sujeitos não estarão condenados a uma redução a operadores no mercado, com instrumentalização contínua das suas convicções e das suas práticas à voracidade da relação mercantilizada entre oferta e procura.*

[i] Calmon de PASSOS nasceu em Salvador em 1920, morreu em 2008. Não era doutor nem mestre, mas foi um dos maiores juristas brasileiros, membro e líder do Ministério Público, advogado e “batonnier” dos advogados, professor, livre docente da Faculdade de Ciências Econômicas, catedrático de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, secretário de estado, procurador geral de justiça do Estado, presidente da Ordem dos Advogados da Bahia, Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Conselho de Desenvolvimento Econômico e social da Presidência da República e escritor. Publicou inúmeras obras, entre as quais: *Comentários ao Código de Processo Civil; A ação no direito processual civil brasileiro; Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data; Direito, Poder, Justiça e Processo.*

[ii] Nelson SALDANHA nasceu no Recife em 1933, morreu em 2015. Formado em Filosofia, era Doutor em Direito e foi professor da UFPE, atuando nos mestrados em História, Filosofia, Sociologia e Direito. Nos seus livros, pode se notar a sua preocupação em refletir sempre através do humanismo e da história das ideias. Ocupou a cadeira de número 12 da Academia Pernambucana de Letras. Também fazia parte do Instituto Brasileiro de Filosofia, da Associação Internacional de Filosofia Jurídica e Social e da Academia Brasileira de Filosofia. Entre suas principais obras, destacam-se títulos como *O Poder Constituinte; Estado de Direito, Liberdade e Garantias; Pela Preservação do Humano; História das Ideias Políticas no Brasil; Humanismo e História; Ortega e o Tema das Gerações e Classicismo e Romantismo.*

[iii] Robert ALEXY nasceu em 1945. É um dos mais influentes filósofos do Direito contemporâneos. Graduado em Direito e Filosofia pela Universidade de Göttingen, tendo recebido o título de PhD em 1976, com a dissertação *Uma Teoria da Argumentação Jurídica*, e a habilitação em 1984, com a *Teoria dos Direitos Fundamentais* - dois clássicos da Filosofia e Teoria do Direito. É professor da Universidade de Kiele e, em 2002 foi indicado para a Academy of Sciences and Humanities at the University of Göttingen. Em 2010 recebeu a Ordem do Mérito da República Federal da Alemanha. Entre suas obras destaca-se *Teoria dos Direitos Fundamentais; Teoria da Argumentação Jurídica; Constitucionalismo Discursivo; e Conceito e validade do direito.*



[iv] Karl ENGLISH nascido em 1899 e falecido em 1980, licenciou-se pela Universidade de Giessen onde foi professor extraordinário. Foi convidado para lecionar como professor catedrático nas Universidades de Heidelberg e Munique, onde regeu as cadeiras de Direito Penal, Processo Penal e Filosofia do Direito. No pensamento teórico-jurídico do autor nota-se uma proximidade ao Normativismo de Kelsen; contudo representa um pensamento próprio, melhor caracterizado por um movimento da Metodologia Jurídica, com tendência a abrir caminho entre o formalismo normativista e o irracionalismo decisionista. Segundo o jus-filósofo: “a ciência do Direito é uma ciência prática. O Direito e o seu conhecimento estão ao serviço da vida (...), e têm um valor vital, não um valor didático ou de representação”. Entre as suas obras destacam-se: *Die Einheit der Rechtsordnung, Vom Weltbild der Juristen, Einführung in das juristische*.



Re: Michael Sandel IIIa

por [Luis Eduardo Barbieri](#) - Tuesday, 8 November 2016, 12:32

### **O direito pode, em algumas situações, ser utilizado como instrumento de regulação do mercado.**

Em relação às reflexões feitas pela professora Ana Margarida Simões Gaudêncio sobre o livro, inicialmente quero destacar o trecho onde afirma que Sandel não problematiza autonomamente

“os fundamentos de determinação da relevância jurídica dos comportamentos em causa e da pertinência da tutela jurídica dos novos bens e serviços apresentados como exemplos, reportando a densificação normativa da respectiva assimilação e valoração pelo direito às pré-supostas opções subjacentes à respectiva absorção, no contexto em causa, pela lei...”

Nesse sentido, parece-me de fundamental importância a atuação do direito impondo limites a certos comportamentos dos mercados, regulando-os, e também à delimitação do espectro de atuação dos sujeitos intervenientes nesses mercados. Assim, podemos questionar se o direito não deveria regular, ou até mesmo vetar certos comportamentos, adotados exclusivamente em função de objetivos meramente econômicos determinados pelos mercados, com vistas à tutela de valores caros à sociedade, ao meio ambiente, à saúde ou à segurança pública. Por exemplo, não deveria haver normas jurídicas proibindo o abate de rinoceronte negro na África do Sul (norma de direito ambiental), em relação à



utilização de cobaias humanos em testes de laboratórios farmacêuticos para novas medicações (norma de saúde pública), ou quanto ao pagamento de mercenários para que combatam na Somália ou no Afeganistão (norma de segurança pública)?

A meu ver, não se pode deixar que o mercado livremente disponha, com base exclusivamente nas regras de “oferta e procura”, sobre as formas de utilização de bens e serviços nas áreas de saúde, educação, segurança pública, justiça, meio ambiente, segurança pública, entre outras.

Pois bem. Adentrando a primeira questão proposta pela professora, se

“estará o direito (...) condenado a constituir uma forma regulativa instrumental das externamente determinadas exigências da política e do mercado (...), ou se haverá ainda espaço, e tempo, para uma valoração material crítica juridicamente autônoma sobre os fundamentos e os efeitos, por um lado, e os meios e os fins, por outro, da admissibilidade de sujeitos e objetos para as relações jurídicas (...) traduzindo-se em critérios prático-normativamente consentâneos com os respectivos fundamentos?”

Entendo que o direito não só pode como deve proceder a tal reflexão. Não me parece tratar-se de reflexão exclusivamente moral. O ponto mais intrincado, contudo, é a definição do alcance e os limites para esse regramento imposto pelo direito ao mercado.

Com vista a aprofundar essa reflexão, trago duas situações atuais relacionadas à necessidade de o direito regular e traçar os limites e, por conseguinte, prescrever condutas aos agentes econômicos participantes do comércio internacional.

A primeira delas refere-se às *barreiras sanitárias* impostas por diversos países na importação de produtos. Discute-se muito se tais barreiras efetivamente visam à proteção da saúde pública (contra a proliferação de vírus, bactérias, moscas, etc...) ou se se trata de meros artifícios para, ao fim e ao cabo, exercer o (tão combatido) protecionismo comercial. Pode-se utilizá-las tanto para uma finalidade como para outra! E, de fato, muitos países as usam (as barreiras) para o “bem e para o mal”.

Muito recentemente (mais precisamente em 30/10/2016), foi assinado acordo de livre comércio entre União Europeia e Canadá visando maior acesso da carne bovina canadense ao mercado europeu. O Acordo Econômico e Comercial Global (Ceta, na sigla em inglês), após sete anos de negociações, deverá entrar em vigor no início de 2017 (março ou abril). Esse acordo estabelece uma cota para importação de carne bovina canadense, pela União Europeia, sem a imposição de tarifas alfandegárias (questão meramente tributário-aduaneira), contudo, há uma barreira sanitária imposta pela União Europeia vetando a importação





de carne com hormônio (não somente do Canadá, mas também para os demais países). Trata-se, portanto, de uma típica barreira sanitária visando proteger a saúde dos cidadãos europeus dos eventuais efeitos desses hormônios aplicados nos animais que posteriormente serão consumidos pelas pessoas. Pela lógica exclusiva do mercado, tal imposição é negativa, pois certamente impactará nos custos de aquisição e importação da carne bovina (sem hormônios) o que acarretará uma menor demanda da mercadoria. Além disso, há países que não impõem essa restrição (por exemplo, México, Japão e Coreia do Sul), fazendo com que os produtores do Canadá, certamente, dêem maior prioridade na exportação da carne para esses países, em detrimento da União Europeia.

O exemplo acima ilustrado configura uma questão de comércio internacional, tipicamente relacionada às negociações conduzidas pelos mercados globais, mas regulada pelo direito internacional (no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC). Nesse caso, no meu entender, estamos diante de um instrumento de controle do direito internacional, mais especificamente das “barreiras sanitárias”. O direito intervindo no mercado.

A segunda situação que gostaria de comentar refere-se ao reconhecimento da China como “economia de mercado” na Organização Mundial de Comércio – OMC, o que deve ocorrer a partir do dia 12 de dezembro de 2016.

Em 2001, quando a China foi aceita na OMC, os EUA, a União Europeia, o Japão e outros países, recusaram reconhecê-la como “economia de mercado”. Assim, foi estabelecida uma “cláusula especial” no protocolo de adesão permitindo que os parceiros comerciais da China pudessem utilizar metodologia diferenciada para o cálculo de sobretaxas, notadamente *antidumping*, na importação de produtos chineses. A partir da expiração do prazo acordado (12/12/2016), os países-membros da OMC precisam fazer suas investigações relacionadas à defesa comercial com base no *Acordo Antidumping*, como normalmente ocorre entre os demais países signatários da OMC.

Observe-se a complexidade dessa questão. A discussão aqui não é nem se o direito deve regular o comércio internacional, pois aceita-se (ao menos entre os países signatários) que os direitos antidumping podem ser aplicados sempre que comprovada a existência de *dumping* (quando determinado produto é exportado a preço abaixo do seu valor normal vendido no mercado doméstico) e se houver nexos causal entre o suposto *dumping* e o dano causado ao mercado do país importador. Discute-se, nesse caso, apenas a medida e o instrumento adequado para a atuação do direito, nas relações do mercado: aplica-se o *Acordo Antidumping* ou a cláusula especial.



Em suma, hodiernamente, parece-me estar cada vez mais evidenciada a necessidade da utilização do direito na regulação dos mercados. Portanto, entendo haver sim espaço e tempo para uma valoração material crítica juridicamente autônoma sobre os fundamentos e os efeitos, assim como os meios e os fins, para as relações jurídicas. No mesmo diapasão, não acompanho o entendimento segundo o qual os sujeitos intervenientes deverão estar condenados a ser meros espectadores do mercado, curvando-se à voracidade da relação mercantilizada entre a oferta e procura.



Re: Michael Sandel IIIa

por [Janice Silveira Borges](#) - Saturday, 19 November 2016, 19:29

*1. Estará o direito – desde logo, na sua relação com o Estado, mas longe de ficar por aí... – condenado a constituir uma forma regulativa instrumental das externamente determinadas exigências da política e do mercado – submetendo-se substancialmente às valorações finalisticamente seleccionadas, e traduzindo-se em critérios de efectivação consequencialmente aferidos –, ou haverá ainda espaço, e tempo, para uma valoração material crítica juridicamente autónoma sobre os fundamentos e os efeitos, por um lado, e os meios e os fins, por outro, da admissibilidade de sujeitos e objectos para as relações jurídicas – submetendo-se substancialmente a valorações axiologicamente fundamentantes, e traduzindo-se em critérios prático-normativamente consentâneos com os respectivos fundamentos? Poderá/deverá o direito proceder a tal reflexão – ou será, antes, esta já uma reflexão moral? E, se assim for, por referência a que moral?*

O Direito precede a formação dos Estados. A ideia do Direito foi um dos fatores que contribuíram para a formação dos Estados Nacionais. Todavia, que direitos eram considerados como tal foi resultado de lutas e da evolução histórica.

A organização dos direitos em textos normativos positivados dentro de cada Estado individualizado é melhor explicada tendo em vista as noções do Constitucionalismo, que segundo J.J. Gomes Canotilho, é “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” .



Com relação especificamente aos direitos do homem, Norberto Bobbio, na obra *A Era dos Direitos* (Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992), parte das seguintes premissas:

“1. os direitos naturais são direitos históricos, 2. nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade; 3. tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico.”

Da garantia das liberdades individuais e da propriedade (direitos de primeira geração) advindas com a noção do Estado liberal até à aquisição dos Direitos Sociais (direitos de segunda geração) originários do *Welfare State* um longo caminho foi percorrido.

A evolução social exigiu novas tutelas, e mais gerações (ou dimensões, como querem alguns) passaram a fazer parte dos direitos do homem. Sobre a terceira geração de direitos, destaca Ingo Wolfgang Sarlet, que:

“[...] trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se na verdade do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.” (*A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.50-51).

Alguns doutrinadores, entre eles Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*. Sao Paulo: Malheiros, 2016), vislumbram ainda uma quarta geração de direitos humanos, que seria a referente a questões ligadas à Bioética e ao Biodireito e também a universalização de direitos fundamentais já existentes, como os direitos à democracia direta, à informação e ao pluralismo, a exemplo.

Diante desse panorama, verifica-se que a evolução social determina que o direito seja dinâmico para atender às novas demandas emergentes. Todavia, essas novas demandas devem ser vistas e analisadas em um contexto não meramente finalístico ou casuístico, mas tendo como base uma valoração material e proativa na realização de direitos.

Ao domínio do mercado, à conseqüente mercantilização de tudo, ocasionando a desigualdade e a corrupção, sucumbem os direitos até então adquiridos pelo homem, na medida em que alimentam uma “releitura” desses direitos segundo uma moral eminentemente econômica.



O viés econômico não pode ser descartado, mas as situações cotidianas não podem ser a ele resumidas. Não se pode priorizar a eficiência econômica em face do ser humano e da comunidade. A economia, bem como todas as demais áreas do saber, devem convergir para assegurar a mais ampla possível concretização de direitos.

Os seres humanos, tanto individualmente como enquanto participantes de uma comunidade, não são objeto de relações jurídicas, mas sim sujeitos capazes de realizarem “valorações axiologicamente fundamentantes”, que se traduzirão em “*critérios* prático-normativamente consentâneos com os seus respectivos *fundamentos*”.

Essas valorações são influenciadas pela moral. O ser humano é movido por suas necessidades (momentâneas ou não). Assim, se em um primeiro momento uma moral libertária, e até mesmo uma utilitarista, poderiam ser justificadas, hoje impõe-se a noção de comunidade. A ajuda mútua entre os povos e as nações é uma necessidade premente na superação das dificuldades e incertezas econômicas, sociais e políticas.

Ao meu sentir, um dos desafios será saber dosar a valorização individual e a comunitária para que não haja um desmoronamento de valores e uma crise de direção de direitos, como tratados pela Prof. Ana Raquel Gonçalves Moniz, no texto *Incerteza e Globalização - Direito e Constituição*.

**2. Estarão os sujeitos *intervenientes* condenados a uma redução a operadores no mercado, com instrumentalização contínua das suas convicções e das suas práticas à voracidade da relação mercantilizada entre oferta e procura, ou, em alternativa derradeira, a uma determinação moralizadora de comportamentos? Estarão os limites da autonomia e da responsabilidade jurídicas – e, assim, os limites do direito – em transição para um novo posicionamento relativo?**

É inegável que o mercado “seduz” seus operadores. Tal situação faz parte do próprio “jogo”. A corrupção leva ao desvirtuamento da moral e à degradação dos valores. Os *media*, de uma certa forma, contribuem para isso, uma vez que são, em muitos casos, propagadores de valores sem conteúdo. Tal situação é agravada em uma realidade de escassez de recursos. Inegavelmente, a autonomia da vontade fica à mercê desse cenário.

Decisões baseadas em produtos mediáticos (como o consumismo exacerbado) ou em situações de extrema necessidade, na verdade, maculam a autonomia decisória. No primeiro caso, isso ocorre porque a pessoa age pensando que aquele caminho é o que a conduzirá à felicidade - e aqui cabe ressaltar a visão de felicidade lidada ao “ter”, “possuir”, própria do mercado. No segundo caso, a ação é pautada pelo desespero, pela imediata solução de um perigo ou mesmo de um risco à vida.



O afastamento da tutela jurídica é concreto. Todavia, extremamente perigoso. O direito não deve ter limites quando estiver em questão a tutela efetiva dos direitos do homem, enquanto detentor de dignidade e também enquanto participante de uma comunidade. Um posicionamento diferente seria retroceder anos de lutas pela aquisição de direitos e o retorno da instrumentalização humana.

É fato que o Estado não consegue atender todas as demandas sociais e econômicas de seus participantes, que o mundo passa por uma crise econômica de grande alcance, mas devem ser pensadas alternativas para o problema da mercantilização de todas as coisas, para uma determinação moralizadora de comportamentos que evite a coisificação humana e o retrocesso de direitos já adquiridos.



Re: Michael Sandel IIIa

por [Loyanne Verdussen de Almeida Firmino Calafiori](#)

Sunday, 20 November 2016, 13:26

## **A mercantilização da subjetividade e da intersubjetividade na sociedade contemporânea**

### **1. Direitos humanos no seio do direito constitucional internacional**

Primeiramente, imprescindível se faz elucidar que, sobretudo, o debate da mercantilização da subjetividade e da intersubjetividade representa uma questão de direitos humanos. Faz-se necessário apreciar o presente tema partindo-se do fortalecimento do diálogo entre a ordem constitucional e a ordem internacional, tendo os direitos humanos seu vértice emancipatório. Há muito pouco tempo atrás, havia um estranhamento entre essas duas ordens, clamando-se pela premência de equacionar a distância entre elas “mediante a integração e o reforço das duas sistemáticas em prol do modelo que mais eficazmente possa proteger os direitos da pessoa humana, com a prevalência do valor da dignidade humana”[1].

Com efeito, a questão da mercantilização de bens alheios ao mercado possui um pendor *comunitarista*, ensejando um juízo de moralidade e de legalidade, uma vez que o desafio moral e político que enfrentamos hoje é mais penetrante e mais mundano, sendo imperioso repensar o papel e o alcance dos mercados em nossas práticas sociais, nas relações humanas e na vida cotidiana.



Para apreciação da legalidade da recente mercantilização dos novos bens colocados no mercado, precisamos enxergar o novo fenômeno com lentes inspiradas sobretudo na Constituição e no direito comparado. Isso porque o paradigma jurídico vigente em nossa contemporaneidade se funda na pirâmide com a Constituição no ápice da ordem jurídica, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen na afirmação de um sistema jurídico que atua com a primazia do Direito Internacional.

Verifica-se uma crescente abertura do Direito ao diálogo entre jurisdições, empréstimos constitucionais, interdisciplinaridade, fomentando a convivência do Direito com outros saberes e diversos actores sociais, re-significando, assim, a experiência jurídica.

Nesse sentido, para Luigi Ferrajoli, “a dignidade humana é referência estrutural para o constitucionalismo mundial, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados.”[2]

No viés internacional, vislumbra-se a humanização do Direito Internacional e a internacionalização dos direitos humanos. Sendo assim, ainda que um país em especial, diferentemente de todos os demais, admita legalmente a venda de bens nunca antes colocados no mercado em nenhum outro país, isso não será moral, o que permite uma discussão no seio do Direito Internacional. Afinal de contas, a dignidade da pessoa humana nunca pode ser violada onde quer que ela seja posta em causa, ou ainda que a lei do país o permita, uma vez que o Direito Internacional, permeado de tratados e convenções deve vir em socorro das pessoas violadas e feridas.

A comunidade internacional, embora necessite respeitar a soberania de cada Estado, não pode fechar os olhos e consentir com a venda de órgãos em países pobres e miseráveis, o que representa um pedido de desespero e socorro por parte das pessoas tão humildes que necessitam vender partes de seu próprio corpo para sobreviver e dar de comer à família.

Fora aqueles ditos contratos que são considerados legais pela lei, mas que trazem consigo muita crueldade, além de ferirem a dignidade humana, como barriga de aluguel na Índia (onde a prática é legal e a preços pífios), combater na Somália ou no Afeganistão num contingente militar privado ou comprar a apólice de seguro de uma pessoa idosa ou doente, pagar os prêmios anuais enquanto ela está viva e receber a indenização quando morrer (quanto mais cedo o estranho morrer, mais o investidor ganhará). Muitos humildes precisam de se submeterem a situações moralmente degradantes, como se seu corpo e sua vida nada valessem. Como não dizer que esta é uma questão de direitos humanos?



Hoje, a lógica da compra e venda não se aplica mais a bens materiais. Atualmente, quase tudo está à venda. Mas, o Direito não pode estar alheio aos limites do mercado. O Direito não é um instrumento do mercado. Pelo contrário, o mercado deve ser regido e limitado pelo Direito para que lesões e feridas à dignidade humana possam ser combatidas com veemência e soberania.

## 2. Os limites da juridicidade e da autonomia do mercado

O autor traz à baila a existência de uma certa *moralidade substancial objectiva* comunitária, a qual seria legitimadora da validade dos comportamentos intersubjectivamente interferentes do sujeito moral, em confronto quer com o(s) *libertarianismo(s)*, quer com o(s) *utilitarismo(s)*.

Isso porque é cediço que alguns bens materiais ou imateriais não possuem feição econômica, mas sim uma elevada valoração moral, sentimental ou espiritual na sociedade contemporânea. Isso faz com que nos pareça verdadeiramente estranha a possibilidade de se vender partes de nosso corpo. A nossa moral não permite transações comerciais desse jaez.

Desta feita, surge a atuação imprescindível dos Direitos Humanos, a qual não rege relações entre iguais. Mais que isso, muito mais. Opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos, de maneira que nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção.

Com efeito, essa apreciação sobre colocar-se um preço monetário a bens que, até então, nunca haviam sido comercializados, por serem alheios ao mercado, traz consigo, sobretudo, uma nova análise jurídica. Afinal, as ciências jurídicas tutelam todos os atos e fatos da vida do homem em sociedade, e uma vez que se passa a mercantilizar um novo bem ou serviço antes não trazido ao mercado, mas que agora possui valor financeiro, passa o mesmo a ser objeto do Direito, uma vez que passam a incidir sobre ele normas jurídicas que tutelam, por exemplo, o direito do consumidor.

No entanto, uma fundamental consideração sobre os novos bens trazidos ao mercado é a questão dos *limites da juridicidade* e, conseqüentemente, a problematização das fronteiras de admissibilidade das relações entre a determinação dos comportamentos pelos mercados e a respectiva regulação, ou não, pelos Estados. Além disso, não se pode deixar de mencionar a *autonomia* e *responsabilidade (jurídica)* dos sujeitos intervenientes nesse fenômeno, bem como na relação entre uma certa dimensão de *autonomia* e uma certa dimensão de *responsabilidade*.

Conforme o autor menciona, o triunfalismo de mercado “generalizou também a impressão de que os mercados desvincularam-se da moral e de que de alguma forma precisamos restabelecer esse vínculo”, pois,



“há quem diga que a falha moral no cerne do triunfalismo de mercado era a ganância, que levou a assumir riscos de maneira irresponsável!”[3]

Sendo assim, a extensão do mercado a objetos e valores com os quais nada tinha a ver é que foi o berço do chamado *triumfalismo de mercado*. Para enfrentar tal situação, faz-se imperioso (re)pensar o papel dos mercados em nossa sociedade, mantendo-o em seu devido lugar. E para que isso seja possível, necessita-se analisar quais são os limites morais do mercado, mantendo-o fora dos bens mais preciosos e puros, os quais não podem ser contaminados e degenerados pelo mercado. A esse respeito, agasalha o autor[4]:

Veja-se, por exemplo a proliferação de escolas, hospitais e prisões inseridos no sistema de busca de lucro, assim como a terceirização da guerra a empresários militares privados. (No Iraque e no Afeganistão, as forças de fornecedores privados tornaram-se mais numerosas do que as tropas militares americanas).

Consoante elucidado pelo autor, a problematização em torno da mercantilização de nossa vida tem a ver com dois fatores que despertam a atenção. O primeiro deles é a desigualdade, pois em uma sociedade em que tudo está à venda, a vida certamente ficará mais difícil para aqueles que dispõem de poucos recursos para comprar os suprimentos básicos de sua sobrevivência, os quais, inevitavelmente, tendem a passar toda a sorte de precariedades.

Por outro lado, a corrupção se apresenta como sendo o segundo fator. Isso porque o mercado, ao estabelecer preços sobre bens que não estavam à venda, acaba por os corromper. Afinal, quando se passar a comprar e a vender bens, está-se dizendo, implicitamente, que podem ser tratados como mercadorias e como objetos de lucro.

### **3. O Direito como poder para colocar o mercado em seu devido lugar**

Valiosa reflexão trazida no bojo do presente debate se refere ao questionamento: que Direito teria passado a ser tão somente um mero instrumento para reger determinadas exigências da *política* e do *mercado*, ao longo do processo de mercantilização de todos os bens da vida (inclusive, daqueles que antes não possuíam valor econômico, por serem tão “importantes” e “relevantes” que, simplesmente, não possuíam valor, como um órgão humano)?

Ainda mais: estaria o Direito se submetendo substancialmente às valorações já selecionadas pelo mercado, ou haveria ainda *espaço* e *tempo* para uma valoração *material* e crítica, juridicamente *autônoma* sobre os limites do mercado?

Pode-se dizer que as ciências jurídicas enfrentam um novo desafio na atualidade. Novos bens trazidos ao mercado causam estranheza e são considerados, por vezes, imorais e aviltantes à condição humana. E o Direito, até então,





não tinha essa preocupação. *Da mesma forma que se busca colocar limites ao mercado, o Direito também deve decidir quais serão os limites de sua atuação. A Justiça poderá silenciar o mercado com sua força e soberania?*

Com efeito, o Direito não deve impedir o crescimento econômico e o progresso social. No entanto, quando o mercado alcança bens que não devem ser corrompidos ou violados por serem comercializados, o Direito deve sim entrar em ação para a tutela dos direitos fundamentais da pessoa.

Os direitos mais caros da existência humana merecem estar resguardados em razão de seu valor supremo, indene à efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

Pagar para ter acesso às pistas de transporte solidário para tentar diminuir o congestionamento do trânsito, ou para ter o direito de ser imigrante nos Estados Unidos, ou, ainda, para alguém ocupar seu lugar na fila durante a noite no Congresso americano, não se apresenta tão repugnante e ofensivo quanto as demais práticas de que o mercado se tem ocupado. Nesses casos, a atuação do Direito não se mostra tão necessária, pois os direitos violados não denigrem com tanta força a moralidade e a dignidade humana.

Mas o mesmo não se pode dizer daqueles casos em que pessoas com modestos recursos necessitam, por exemplo, alugar o próprio corpo como barriga de aluguel, como ocorre na Índia, passando por toda a sorte de mudanças e transformações que uma gestação produz, inclusive sentimentais, para depois que der à luz necessite compreender que aquela criança não é seu filho, porque ainda que tenha saído de seu ventre, não possui os seus genes. O mesmo se pode dizer da crueldade que é comprar a apólice de seguro de uma pessoa idosa ou doente e receber a indenização quando ela morrer.

Assim, a voracidade da relação mercantilizada entre oferta e procura pode até parecer que teria extinguido a determinação *moralizadora* de comportamentos, mas não o fez ainda. Isso porque, à sociedade ainda repugna a comercialização de bens que não são afetos do mercado. Ainda causa estranheza a compra e venda de bens tão puros que não devem ser corrompidos pelos mercados.

O Direito como vetor orientador da sociedade em que vivemos atua como limitador da *autonomia* privada, conferindo a *responsabilidade* jurídica a quem violar e ferir os direitos fundamentais da pessoa humana, servindo assim, como um limitador ao mercado. Afinal de contas, não podemos vender nossos filhos, pelo menos por enquanto! O Direito pode sim estar em transição para um novo posicionamento, mas não um posicionamento relativo, e sim um posicionamento absoluto em proteção dos direitos fundamentais.



É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, conquistado em sua evolução histórica pela mobilização da sociedade civil contra todas as formas de exploração e dominação que possam ferir os direitos mais fundamentais e preciosos do homem. O dinheiro ainda não compra tudo. Ainda há tempo de (re-) pensar e (re)valorizar os bens mais preciosos da vida, e o Direito se apresenta como um valioso aliado nessa missão.

[1] Flávia PIOVESAN. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15 ed. 2015, p. 21.

[2] Luigi FERRAJOLI. *Diritti fondamentali – un dibattito teorico, a cura di Ermanno Vitale*. Roma, Bari, Laterza, 2002, p. 338.

[3] Michael J. SANDEL. *O que o dinheiro não compra*. Civilização Brasileira. 7 ed. Rio de Janeiro: 2015. p. 12.

[4] Michael J. SANDEL. *O que o dinheiro não compra*. p. 13.



Re: Michael Sandel IIIa

por [Fabio Luiz dos Passos](#) - Monday, 19 December 2016, 17:56

### Michel Sandel III e IIIa

Respondendo às provocações dos prof. doutores José Manuel Aroso Linhares e Ana Margarida Simões Gaudêncio, exponho minha compreensão a respeito.

Inicialmente:

Penso que deve ser limitada a aplicação de preceitos morais na interpretação e aplicação do direito positivado. Conforme exposto pelo doutrinador brasileiro Vladimir Martinez, em um seminário do qual participámos, o direito (a ser interpretado e aplicado) deve ser “amoral”. Isto não significa que deva ser imoral, ou seja, contrário aos preceitos morais, de qualquer ordem. Diferente disto, deve ser amoral, ou seja, isento de interpretações ou filtros morais em sua aplicação. E isto porquê?

Porque o direito (positivado) é fruto da política, ou seja, decorre da discussão política nas instâncias legislativas e na etapa de construção do regramento jurídico é que a análise moral tem seu *locus*.



A partir dos valores morais da sociedade, ou dos grupos de interesse que representam a sociedade na elaboração das regras jurídicas que regulam as relações e a convivência em sociedade, é que o direito será construído e, portanto, já traz em seu gene a dose regular de análise moral necessária à sua aplicação.

Obviamente que, em certas situações excepcionais, há a necessidade de, recorrendo à sua essência, realizar nova análise (agora das regras jurídicas) a partir de critérios morais, para definir os termos de sua aplicação.

Mas esta utilização excepcional de preceitos morais para a interpretação e aplicação do direito não é dada às situações ordinárias, e sim reservada apenas a situações também excepcionais.

Porém, provocados pelo Prof. Dr. José Manuel Aroso Linhares, fica o questionamento: de que moralidade estamos afinal a cuidar? A partir da obra estudada (*O que o dinheiro não compra. Os limites morais do mercado*) associada à leitura de outra obra do mesmo autor (*Justiça: o que é fazer a coisa certa*) identificamos – em um esquema simplificado, como denunciam os professores doutores em suas provocações ao debate – três correntes do pensamento relacionado à moralidade:

Um, de nítida preferência do autor em estudo, a teoria aristotélica de justiça, pautada na ideia de comunidade e no raciocínio teleológico, ou seja, adotado em razão do objetivo almejado, com vista ao aprimoramento da comunidade.

Outro, o utilitarismo, alicerçado no pensamento de Bentham, a partir do qual as escolhas (políticas, que por sua vez ensejam a construção das normas jurídicas) devem almejar o resultado que trouxer maior benefício ao maior número de pessoas, mesmo que isto resulte em consequências nefastas para um indivíduo ou para um número pequeno de indivíduos;

O terceiro, denominado libertarianismo, sustenta a mínima intervenção – moral, política ou jurídica – na vida das pessoas, que assumem a responsabilidade individual por seus anseios, êxitos e fracassos.

Da leitura das obras referidas construo um raciocínio, ao menos preliminar, de que estamos a tratar de três correntes que podem não ser exatamente divergentes e irreconciliáveis, mas, quiçá, exista espaço para uma possível conjugação destas correntes, em aplicação sequencia e inter-relacionada.

Cogito que o primeiro e basilar modo de pensamento moral que deve orientar a atuação política, a administração do Estado e a construção do regimento jurídico deve estar pautado no pensamento comunitário e teleológico de Aristóteles, também defendido posteriormente por Hegel, segundo o qual



“o povo (...) por natureza (é) anterior ao indivíduo; pois, se o indivíduo não é nada de autônomo isoladamente, então ele tem de estar, qual todas as partes, em uma unidade com o todo” (citado por Axel Honneth. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo, Editora 34, 2009, p. 43).

Utilizando aqui estratégia idêntica àquela adotada por Sandel, dos exemplos extremos, imaginemos um homem sozinho em uma ilha deserta, tal como representado no cinema pelo filme “O naufrago”, ou mesmo na literatura por Robinson Crusóé (de Daniel Defoe, publicado em 1719). Nestas realidades, nem mesmo nome – a identificação mais basilar do indivíduo – o indivíduo precisa ter. Nada há que seja seu, como nada há que não seja seu e todos os direitos, deveres e responsabilidades simplesmente não existem, além de que nada diferencia o homem de qualquer outro animal.

Somente em sociedade é que o homem existe. Percebe-se em ambos os exemplos citados (o naufrago, e Robinson Crusóé) que a perspectiva da interação humana, iminente ou futura, amistosa ou beligerante, é que torna necessária a adoção (ou manutenção) de padrões humanos/sociais de interação (mesmo que potencial).

O reconhecimento de referenciais éticos que pautam a ideia de justiça e a construção das relações sociais e das regras jurídicas (e, a partir daí, o direito – positivado): partir desta premissa inicial parece ser o mais adequado e coerente.

A adoção de tal linha de pensamento parece nos conduzir, intuitivamente, a uma aproximação com a teoria utilitarista, uma vez que ambas cogitam, em primeiro lugar, o interesse da coletividade, ou a preponderância do interesse majoritário sobre o das minorias ou de indivíduos isolados.

Mas aí é que penso que a teoria utilitarista precisa encontrar seu freio, pois a aplicação indiscriminada desta linha de pensamento moral poderá conduzir ao sacrifício de interesses, opções (ou mesmo de indivíduos) divergentes em razão da supremacia dos interesses da coletividade.

Cogito, então, uma aplicação subsidiária do pensamento utilitarista como filtro, a fim de permitir selecionar, entre as opções postas no caso concreto, aquelas que preponderam sobre as demais, ante a maior abrangência de seus efeitos positivos.

Por derradeiro, e agora com um alcance muito mais relacionado à conduta individual, e limitado sucessivamente pelas correntes anteriormente expostas, é que cabe o pensamento libertário, autorizando o indivíduo ou o empreendimento a buscar a satisfação de todos os seus interesses, objetivos e direitos, os quais somente serão limitados pelos interesses, objetivos e direitos alheios.



No choque entre estes interesses, a teoria utilitarista caberia como balizador primário ou filtro para a identificação da solução a ser dada pelo Estado ou pela comunidade; mas sempre condicionando a solução encontrada ao crivo da teoria teleológica aristotélica.

Ao indivíduo deve ser possibilitada a fruição de todos os seus direitos e desenvolvimento de todas as suas potencialidades. Porém, como o indivíduo não é um ser sozinho no universo mas, independentemente de sua vontade, vive em sociedade onde mantém uma dinâmica de inter-relação permanente, beneficiando da fruição dos direitos e do desenvolvimento da potencialidade dos demais indivíduos, assim como sofrendo o ônus de suas ações/condições ao mesmo tempo em que seus próprios atos também causam efeitos, diretos e indiretos na vida dos demais indivíduos, o anseio libertário é admissível até certo limite, mas freado em alguns momentos pelo interesse da coletividade.

É especialmente ao ponderarem a adoção de políticas que cabe aos legisladores e ao administrador público a adoção, primeiramente, da corrente de pensamento utilitarista, na medida em que almeja alcançar o maior bem-estar possível ao maior número de indivíduos em uma sociedade. Porém, a fim de confirmar ou não o acerto das decisões a serem adotadas, e para evitar que com elas se afronte irremediavelmente e desnecessariamente (ou além dos limites necessários) os direitos individuais, a "prova real" a estas políticas viria da análise aristotélica de justiça, legitimando-as ou não.

### **Da aplicação da justiça**

Partindo desta premissa anteriormente exposta, a construção do direito (positivado) já estaria alicerçada na análise ética e moral de maneira a tornar desnecessárias novas digressões deste teor em sua aplicação ordinária. Isto viria a possibilitar a interpretação literal da lei como – e de fato parece ocorrer – o meio primário de interpretação legal.

Pairando dúvidas sobre a conduta a adotar e os limites da aplicação legal, critérios teleológicos e, em seguida, axiológicos, orientam a análise e a solução jurisdicionada a ser atribuída ao caso concreto.

Somente em situações excepcionais em que a decisão judicial se assemelha à definição política, *v.g.* por ter efeitos *erga omnes*, é que poderia ser necessário retornar à análise de parâmetros morais que definam a forma de interpretação da lei, na mesma forma anteriormente exposta.



Buscar a solução jurisdicional a partir de análises morais oferece o risco – iminente – de juízos de valor individual não compatíveis com a atuação estatal e nefastos à garantia do direito como ferramenta de pacificação social e com vista à equidade, mormente na atuação jurisdicional regular, desenvolvida por juízes de primeiro grau.

Assim, em resposta à questão colocada pela Prof. Dra. Ana Margarida Gaudêncio, a conclusão a que este raciocínio chega é que sim, há espaço para a reflexão material por parte do direito, ou seja, a reflexão jurídica a respeito dos fundamentos, efeitos, meios e fins da admissibilidade de sujeitos e objetos nas relações jurídicas, lastreado em valorações axiologicamente fundamentantes. Porém, tal reflexão não deixa de ser, em seu âmago, uma reflexão moral e, por consequência, poderia ser adotada em questões de amplos efeitos, em que a realidade fática colocada à análise ultrapassa ou extrapola os limites do regramento jurídico e da análise/debate moral que já lhe foi (em tese, ao menos) precedente e fundamentante.

A questão proposta me conduz a considerar uma conduta muito mais afeita à atuação dos tribunais superiores, a exemplo dos tribunais constitucionais, cujo papel é voltado a colaborar com a solução dos litígios - afinal, é parte do Poder Judiciário – aquela que parte de uma análise mais ampla e abrangente do que a solução dada pelo juízo de primeiro grau, diretamente envolvido com o caso concreto e com as provas e circunstâncias envolvidas, mas a quem também cabe a própria crítica à validade da legislação (mesmo constitucional), atuando como balizador da conduta do legislador e revisor do debate moral (mormente axiológico) que orienta a construção do regramento jurídico.





---

Grupo de investigação do IJ  
Crise, Sustentabilidade e Cidadanias

---



APOIO

